Besitz und Eigentumserwerb

im Falle der Versendung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

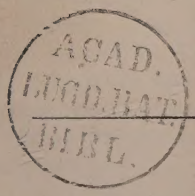
der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Lorenz Haase

Hamburgischer Referendar.



Berlin 1905

Druck von Wilhelm Pilz, N.O. 18, Landsberger Strasse 108.

Literaturverzeichnis.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B.G.B. in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 645ff., Berlin 1898.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 34, S. 1ff., Jena 1895.

Beyerlein, Besitzerwerb durch Konossement, Freiburg i. B. und Leipzig, Dissertation 1896.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, II. Aufl., Berlin 1903.

Boyens, Das deutsche Seerecht, Bd. 2, Leipzig 1901.

Büsing, Wesen und Wirkung des Indossaments, Rostocker Dissertation 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, VI. Aufl., Stuttgart 1903.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1, Jena 1897; Bd. II, 1, I. u. II. Aufl., Jena 1900.

Dambach, Postgesetz, VI. Aufl., Berlin 1901.

Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, II. Aufl., Halle a. d. S. 1901.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Eger, Das deutsche Frachtrecht, Bd. 1, II. Aufl., Berlin 1888; Bd. 2, II. Aufl., Berlin 1890; Bd. 3, II. Aufl., Berlin 1891.

Eger, Otto, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Darmstadt 1900.

Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899, zitiert nach der im Reichseisenbahnamt durchgesehenen Ausgabe, Berlin 1899.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1898.

— Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 1, Leipzig 1881; Bd. 2, Leipzig 1882; Bd. 3, Leipzig 1885; Bd. 4, Leipzig 1884.

Fischer u. Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., München 1900.

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Leipzig 1899.

Friedberg, Formelbuch, 2. Aufl, Leipzig 1901.
Frommer, Besitz- und Eigentumserwerb, Rostocker Dissertation 1904.
Gareis u. Fuchsberger, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.
Hanseatische Gerichtszeitung, zitiert nach Jahrgängen und Nummern.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Erlangen 1900.
Hellhoff, Besitz- und Eigentumsübergang im Falle der Versendung, Freiburger Dissertation, Berlin 1903.
Höpfner, Anspruch des Adressaten eines Briefes an die Post; im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 36, S. 119ff., 1853.
Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, Jena 1901.
Koch, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Berlin 1868.
Laband, Staatsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., Freiburg i. B. 1891; 3. Aufl., Freiburg i. B. und Leipzig 1895.
Landgraf, Binnenschiffahrtsgesetz, Berlin 1890.
Lehmann-Ring, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin 1901.
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
Lewis, Das deutsche Seerecht, Bd. 1, Leipzig 1883; Bd. 2, Leipzig 1884.
Löwe, Kommentar zum Seehandel, in Makowers Kommentar zum H.G.B., 12. Aufl., Berlin 1900.
Meili, Das Telegraphenrecht, 3. Aufl., Zürich 1873.
Müller, Ludwig, Frachtbrief und Frachtbriefduplikat, Erlanger Dissertation, Schwetzingen 1899.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Berlin 1899.
Pappenheim, Kritik über Cosacks 2. Auflage des Handelsrechts bei Goldschmidt, Bd. 42, S. 299ff., Stuttgart 1894.
Postordnung vom 20. März 1900 im Zentralblatt (herausgegeben im Reichsamt des Innern), S. 53ff., 28. Jahrgang, Berlin 1900.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1898; Sachenrecht, 1. u. 2. Aufl., Berlin 1901.
Rumler, Bedeutung und Wirkung des Ladescheins, Erlanger Dissertation, Breslau 1899.
Sarwey u. Bossert, Konkursordnung, 4. Aufl., Berlin 1901.
Schaps, Der Begriff des Empfängers im deutschen Seefrachtrecht bei Goldschmidt, Bd. 42, S. 411ff.

Schmidt, Ueber die rechtliche Natur der Postanweisung bei Gruchot, Bd. 34, Berlin 1890.

Schmidt, Paul, Das Recht des Empfängers einer Postsendung gegen die Post auf Auslieferung, Tübinger Dissertation 1891.

Schmidt-Scharff, Das Warenpapier beim See- und Binnentransport, Göttinger Dissertation 1887.

Schott bei Endemann, Das Frachtgeschäft (zitiert Schott b. E.).

Schröder, Der Eigentumsübergang an versendeten Sachen, bei Goldschmidt, Bd. 51, S. 39ff., Stuttgart 1902.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin 1893.

— Kommentar zum Neuen H.G.B., Bd. II, 6. u. 7. Aufl., Berlin 1900 (zitiert nach Paragraphen und Anmerkungen).

Strohal, Der Sachbesitz nach B.G.B. in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 38, S. 1ff., Jena 1898.

Thoel, Handelsrecht, Bd. 3, Leipzig 1880.

Tinsch, Der selbständige Anspruch des Adressaten auf die Postsendung, bei Gruchot, Bd. 35, Berlin 1891.

Turnau u. Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. 1, Paderborn 1900.

Vogel, Das Dispositionsrecht beim Transport, Zürich 1898.

Wendt, Der mittelbare Besitz des B.G.B. im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 7 u. 8, S. 95ff., Freiburg i. B. 1897.

Disposition.

Seite

A. Einleitung 1

Aufgabe. — Begriff „Versendung“ 1

B. Hauptteil 3

I. Besitzerwerb im Falle der Versendung 3

1. durch Boten 3

2. durch Frachtführer 12

a) es ist ein Frachtbrief ausgestellt 12

aa) Uebergabe des Gutes an den Frachtführer . 14

bb) Reise des Gutes 19

cc) Ankunft des Gutes am Bestimmungsort . . 20

dd) Uebergabe des Frachtbriefs an den Empfänger bzw. Erhebung der Klage aus § 435 H.G.B. 21

b) es ist kein Frachtbrief ausgestellt 27

c) es ist ein Ladeschein ausgestellt 28

3. durch die Eisenbahn 29

a) ein Frachtbriefduplikat ist nicht ausgestellt . . 30

b) ein Frachtbriefduplikat ist ausgestellt 31

aa) es ist in der Hand des Absenders 31

bb) es ist in der Hand des Empfängers . . . 32

4. durch die Post 33

a) die gewöhnlichen Postfrachtverträge 33

aa) während das Gut unterwegs ist 34

bb) bei Ankunft des Gutes am Bestimmungsort 36

cc) nach Uebergabe der Begleitpapiere . . . 38

b) Zeitungsdebit 40

Seite

5. durch einen Verfrachter 42
a) während das Gut unterwegs ist 46
aa) alle Exemplare sind in einer Hand . . . 45
bb) die Exemplare sind in verschiedenen Händen 46
b) bei Ankunft des Gutes am Bestimmungsort . . 49
aa) alle Exemplare sind in einer Hand . . . 49
bb) die Exemplare sind in verschiedenen Händen zu verschiedenen Rechten 49
cc) die Exemplare sind in verschiedenen Händen zu gleichen Rechten 50
α) es meldet sich ein Konnossementsinhaber vor den andern 50
β) mehrere Konnossementsinhaber melden sich gleichzeitig 51
II. Eigentumserwerb im Falle der Versendung 57
C. Schluss 63
§ 7 des Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896

A. Einleitung.

Bei der Frage nach Besitz- und Eigentumserwerb im Falle der Versendung handelt es sich darum, zu untersuchen, welchem von den drei bei der Versendung Beteiligten — Versender, Person oder Anstalt, die den Transport ausführt, und Empfänger — das geltende Recht in den verschiedenen Stadien des Transportes Besitz und Eigentum an dem zur Beförderung bestimmten Gute zuspricht. Wir werden also das Gut von dem Zeitpunkte an begleiten müssen, in dem es die Hand des Versenders verlässt, bis zu dem Zeitpunkt, in dem es in die Hand des Empfängers gelangt. Hierbei gehen wir von der Annahme aus, dass die Versendung zum Zwecke der Eigentumsübertragung vom Versender auf den Empfänger geschieht.

Begriff der Versendung.

Was zunächst den Begriff der Versendung angeht, so kann nach dem Sprachgebrauch, wie er sich im Verkehr entwickelt hat, von Versendung eines Gutes nur da die Rede sein, wo jemand die Beförderung selbständig ausführt. Denn es gehört zum Begriff der Versendung, dass ein Dritter die Beförderung übernimmt. Es scheidet also, wenn wir von Versendung reden, der Fall aus, wo z. B. *A* eine Sache zu *B* zwar durch einen anderen tragen lässt, vielleicht aus gesellschaftlichen Rücksichten, oder weil er dem Transport körperlich nicht gewachsen ist, dabei aber selbst nebenhergeht und den Transport dirigiert. Hier führt

nicht die Person, die die Sache trägt, den Transport aus, sondern *A* selbst, wenn auch unter Zuziehung einer Hilfsperson.

Gleichgültig ist hingegen, ob der Transport über eine grössere oder geringere Strecke erfolgen soll.[1])

„Versendung" ist endlich nur an Sachen, d. h. an körperlichen Gegenständen möglich. Die mündliche Uebermittlung einer Willenserklärung ist nicht Versendung.

Unter den eigentlichen Versendungsfällen, die hiernach für unsere Erörterung übrig bleiben, sind zu unterscheiden diejenigen Fälle, in denen der Mandatar des Versenders die Beförderung ausführt, und diejenigen, in denen eine vom Empfänger beauftragte Person Transporteur ist.

---

[1]) **Lehmann-Ring, Einl. z. Frachtgesch. Nr. 6.**

B. Hauptteil.

Je nachdem nun die Beförderung durch einen Boten, Frachtführer, die Eisenbahn, die Post oder durch einen Verfrachter ausgeführt wird, werden sich die Besitz- und Eigentumsverhältnisse am Transportgut verschieben. Wenden wir uns demgemäss der ersten unserer Fragen zu:

I. Besitzerwerb im Falle der Versendung.

1. durch einen Boten.

Wie steht es mit dem Besitzerwerb im Falle der Versendung durch einen Boten?

Unter „Bote" versteht man eine Person, die zur Ueberbringung oder Abholung von Gegenständen, zur Ausrichtung von Bestellungen aller Art, zur Uebermittlung von Willenserklärungen (§ 120 B.G.B.) verwandt wird. Im vorliegenden Fall ist jedoch der Bote der Betrachtung unterworfen nur hinsichtlich des Zweiges seiner Tätigkeit, der in der Ueberbringung und Abholung von Sachen besteht. Denn Versendung ist nur an Sachen möglich. Den Fall der Uebermittlung einer Willenserklärung durch Boten der Erörterung über „Versendung" zugrunde zu legen, wie Frommer S. 13 tut, ist unzweckmässig. Denn entweder geschieht die Uebermittlung der Willenserklärung mündlich: Dann liegt nicht Versendung vor; oder sie geschieht schriftlich: Dann steht die Ueber-

bringung des Schriftstücks hinsichtlich des Besitzerwerbes der Ueberbringung jeder anderen Sache gleich.

„Bote“ ist nun nicht schlechthin jedermann, dessen man sich zur Versendung einer Sache bedient, vielmehr nur eine solche Person, die an und für sich schon zu ihrem Auftraggeber in rechtlichem Verhältnis — meist wohl Dienstvertrag — steht und nur neben andern Verrichtungen auf Grund dieses Verhältnisses im einzelnen Falle mit der Beförderung eines Gutes betraut ist. Wir haben hier im Auge den Dienstboten im Haushalt, den Hausknecht im Hotel, den Kontordiener im Handelsgeschäft. Der Bote unterscheidet sich von den Frachtführern, zu denen richtiger Ansicht nach auch der Dienstmann[1]) zählt, und den Transportanstalten des Handelsrechtes einmal dadurch, dass er die Beförderung als solche nicht gewerbsmässig betreibt, ferner dadurch, dass seine Verpflichtung zur Beförderung nicht auf einem besonderen Transportvertrage mit seinem Auftraggeber beruht, sondern Ausfluss eines auf Leistung von Diensten im allgemeinen gehenden Vertrages (§ 611 B.G.B.) ist, und endlich dadurch, dass er auf Grund des Abhängigkeitsverhältnisses zu seinem Auftraggeber nicht in selbständige Beziehungen zu dem Transportgut tritt.

Begriff „Tatsächliche Gewalt“.

Dem Boten wird also ein Gut zur Beförderung übergeben. — Die Frage, ob der Bote hierdurch Besitzer des Gutes wird, lässt sich dahin formulieren: erlangt der Bote die tatsächliche Gewalt über die zu befördernde Sache, oder besser gesagt, da die Stellung

---

[1]) Zust. Lehmann-Ring § 425, 1, wenn auch aus anderen Gründen; Staub § 425, 2. Abweichend Cosack S. 387, 1 b.

des Boten hinsichtlich des Besitzerwerbes sich aus seinem Verhältnis zu dem *dominus negotii* ergibt (Frommer S. 21), ermöglicht der Herr dem Boten die Erlangung der tatsächlichen Gewalt? Denn tatsächliche Gewalt ist das Moment, das nach B.G.B. den Besitz ausmacht. Durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache wird nämlich nach § 854 B.G.B. der Besitz erworben, durch Verlust der tatsächlichen Gewalt über die Sache beendet (§ 856 B.G.B.). „Wer also", sagt Planck in der Vorbemerkung der Besitzlehre, „die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt und nicht wieder verloren hat, d. h. wer die tatsächliche Gewalt hat, der ist Besitzer." Hier begegnen wir der Schwierigkeit, dass der Begriff der tatsächlichen Gewalt weder im Gesetz noch in der Literatur festgelegt ist. Was die Ansichten der Rechtslehrer betrifft, so gehen einige Schriftsteller ganz darüber hinweg, wie über etwas Selbstverständliches; so Wendt. Andere machen Versuche einer Definition, die aber keineswegs befriedigen. Cosack nennt in Abweichung von der Terminologie des B.G.B. die Grundlage des Besitzes „tatsächliche Herrschaft". Denn eine tatsächliche Gewalt könne nicht bloss dem Herrn, sondern auch dem Diener zustehen. Letzterem sei aber Besitz ausdrücklich abgesprochen (§ 855 B.G.B.). Herrschaft habe jemand über eine Sache, wenn er selber auf sie einzuwirken und zugleich Einwirkungen anderer von ihr abzuhalten vermöge. Unseres Erachtens ist hiermit nichts gewonnen. Denn eine Auslegung des im Gesetze gebrauchten Begriffes ist nicht damit erreicht, dass man diesen Begriff verwirft und einen andern an die Stelle setzt, durch den die den Besitz ausmachenden Beziehungen der Person zur Sache keineswegs besser bezeichnet werden. — Planck § 854, 2 definiert tatsächliche Gewalt als die von der Verkehrsanschauung

anerkannte Herrschaft einer Person über eine Sache. Auch mit diesem allgemeinen Hinweis auf die Verkehrsanschauung ist aber für den einzelnen Fall nichts gewonnen. — Strohal versucht, den Begriff durch Beispiele klarzulegen. — Wieder andere Schriftsteller verzichten bewusst auf eine Definition. So sagen Turnau und Förster, es bestimme sich nach den Umständen des einzelnen Falles, ob die tatsächliche Gewalt erlangt sei. Ebenso die Denkschrift (S. 161). Biermann (§ 854, 2) nennt unter Verweisuug auf die bisherige Doktrin tatsächliche Gewalt das Machtverhältnis, das dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, das aber keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation gestattet.

Wir werden also beim dargelegten Mangel einer befriedigenden Begriffsbestimmung aus den konkreten Umständen des Einzelfalles heraus zu entscheiden haben, ob, eventuell in welchem Zeitpunkt, ein tatsächliches Gewaltverhältnis über das Transportgut begründet ist. Im allgemeinen sei nur soviel bemerkt, dass tatsächliche Gewalt keineswegs identisch ist mit physischer Gewalt, körperlicher Herrschaft über die Sache (Planck § 854, 2). Denn sonst würde der Besitzer eines offen liegenden Grundstücks bei seiner Abwesenheit vom Grundstück aufhören, dessen Besitzer zu sein; ferner ist der im gemeinen Recht erforderliche Besitzwille[1]) nach B.G.B. kein notwendiges Erfordernis zum Besitzerwerbe,[2]) es kann aber „sein Dasein und das Mass seiner Betätigung von Bedeutung sein für

---

[1]) Auch die erste Kommission wollte den Besitzwillen beibehalten. Vgl. Biermann § 854, 2; O. Eger S. 7 ff.

[2]) So können heute auch Geschäftsunfähige Besitz erwerben (Lit. einstimmig).

die Beantwortung der Frage, ob eine tatsächliche Gewalt über die Sache begründet ist."[1])

Bote des Versenders. — Der Bote als Besitzdiener.

Wir kehren zurück zu der Frage, ob der Bote die tatsächliche Gewalt über das Gut mit dessen Uebergabe durch den Versender erwirbt. Die Frage ist zu verneinen,[2]) und zwar an der Hand der vom B.G.B. in § 855 gegebenen Bestimmung. Hier heisst es nämlich: „übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer". Ein vergleichendes Heranziehen dessen, was oben S. 4 f. über den Begriff des Boten gesagt ist, zeigt, dass auch das Verhältnis des Boten zu seinem Herrn bezüglich der Besitzfrage unter § 855 zu stellen ist. Denn unter „ähnlichem Verhältnis" versteht das Gesetz eben ein „Verhältnis, das den Verhältnissen des Haushaltes und des Erwerbsgeschäftes darin ähnlich ist, dass jemand in bezug auf die Sache den Weisungen des andern Folge zu leisten hat" (Planck), also ein Abhängigkeitsverhältnis.[3])

Verhältnis des § 855 B.G.B. zu § 854.

Wir gründeten die Anwendung des § 855 auf die Aufstellung des Satzes: der Bote erlangt mit dem Empfang der Sache nicht die tatsächliche Gewalt über

---

[1]) Turnau und Förster S. 54. Vgl. Strohal S. 64; Biermann § 855, 3.

[2]) Abweichend Schröder S. 41.

[3]) Biermann § 855, 2; Planck § 855, Abs. 4.

sie. Hiermit bekämpfen wir zugleich die Ansicht, der § 855 bilde eine Ausnahme von § 854, weil durch den § 855 ausgesprochen werde, dass nicht jeder, der die tatsächliche Gewalt habe, Besitzer sei.[1]) Es ist dies unseres Erachtens deswegen nicht zutreffend, weil an der Verkehrsanschauung gemessen, der Besitzdiener — diese von Bekker geprägte Bezeichnung sei für den im genannten Abhängigkeitsverhältnis Stehenden eingeführt — gar nicht die tatsächliche Gewalt hat. Der § 855 stellt eben dar, „ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung des Besitzdieners unter den Besitzherrn von solcher Beschaffenheit, dass, wofern der Besitzdiener den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbsthandelnd, d. h. ohne gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen.“ Da kann man doch nicht mehr von „tatsächlicher Gewalt“ des Besitzdieners reden. Vielmehr ist Plancks Ansicht bezüglich des § 855 beizupflichten, die dahin geht, der Paragraph beabsichtigte nicht eine Aenderung, sondern eine Erläuterung des § 854: jeder, der die tatsächliche Gewalt hat, ist als Besitzer anerkannt; der Besitzdiener ist deswegen nicht Besitzer, weil er keine tatsächliche Gewalt hat.

Wenn nun der Bote mit der Uebergabe des Gutes Besitzdiener des Versenders wird, so ist damit gesagt, dass der Versender Besitzer bleibt; denn er behält die tatsächliche Gewalt über das Gut. Ist er doch in der Lage, durchzusetzen, dass seine Weisungen bezüglich des Transportes oder der Behandlung des zu befördernden Gutes vom Boten befolgt werden.

Eine Aenderung des Besitzverhältnisses tritt ein,

---

[1]) Leonhard S. 47, 63; O. Eger S. 15; Biermann § 855, 1; Frommer S. 19.

wenn das Gut vom Boten dem Empfänger oder seinem Besitzdiener übergeben wird. Hiermit ist für den Versender Verlust der tatsächlichen Gewalt (§ 856 des B.G.B.), für den Empfänger Erwerb derselben und damit des Besitzes (§ 854) bedingt.

Bote des Empfängers.

Ist nun der Bote vom Empfänger mit der Beförderung des Gutes, d. h. mit der Abholung desselben, beauftragt, so ist, wie aus dem Besprochenen hervorgeht, der Bote Besitzdiener des Empfängers. Der Empfänger erwirbt also mit der tatsächlichen Gewalt den Besitz an dem Gute im Zeitpunkt der Uebergabe an seinen Boten.

Juristische Konstruktion des Verhältnisses aus § 855.

So einfach sich in vorliegendem Falle die Verschiebung der Besitzverhältnisse am Transportgut im täglichen Leben gestaltet, so schwierig ist ihre juristische Analyse. Wie kommt es, fragt man, dass der Besitz von einer Person durch Vermittlung eines Dritten auf eine andere Person übergeht?

Otto Eger (S. 18) und F. Leonhard (S. 66) konstruieren das Verhältnis des Besitzdieners zum Besitzherrn (§ 855) als „Vertretung im Besitz“. Sie kommen zu diesem Resultat auf Grund der von uns bekämpften Auffassung, der § 855 nehme eine Ausnahmestellung von § 854 ein. Abgesehen davon, dass „Vertretung“ im Sinne des B.G.B. (§ 164) lediglich die Vertretung im Willen bedeutet, diese Bezeichnung also für den vorliegenden Fall zu Unklarheiten Anlass gäbe, erscheint es auf dem Boden der von uns vertretenen

Auffassung des Besitzes als Tatsache[1]) logisch unmög-

[1]) Grundlage des Besitzes ist ein tatsächliches Verhältnis. (Planck, Vorbemerkung zu § 855, 3, Absatz 5; Strohal Seite 63; Dernburg Seite 42.) Die Gegner dieser Ansicht führen an, es statte jede Rechtsordnung den Besitz mit Rechtsfolgen aus, und dadurch würden die im Besitz liegenden Beziehungen der Person zur Sache zu rechtlich geregelten, also zu einem Rechtsverhältnis. Allein die Definition des Rechts im subjektiven Sinne — ein solches könnte der Besitz nur sein — als den dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehenden Anteil an den Lebensgütern (Dernburg, Pandekten 7. Auflage § 39) ergibt das Unzutreffende dieser Ansicht. — Bartels Seite 645 führt ferner an, dass das B.G.B. in mehreren Fällen von Rechtsnachfolge im Besitz rede (§§ 221, 857, 943, 2169). Allein, was die §§ 221 und 943 betrifft, so reden sie unseres Ermessens gar nicht von Rechtsnachfolge im Besitz. (Abweichend Fischer und Henle § 221, 2.) Vielmehr ist davon die Rede, dass eine Sache „durch Rechtsnachfolge in den Besitz jemandes gelangt". Nicht gesagt ist, dass die Nachfolge im Rechtsverhältnis des Besitzes genügt. — Bezüglich des § 857 (vgl. seine Entstehung Entw. 1 §§ 2052 f.; Planck § 857, 1) ist anzunehmen, dass für die Aufnahme der Vererblichkeit des Besitzes nicht eine bestimmte Auffassung des Besitzbegriffes, sondern vielmehr Zweckmässigkeitsgründe bestimmend gewesen sind. Denn da das Gesetz den Erben bez. der Beziehungen zum Nachlass, also auch bez. des Besitzschutzes dem Erblasser gleichstellen wollte (§ 1922 B.G.B.), der Erbe aber in der Mehrzahl der Fälle der tatsächlichen Gewalt über den Nachlass entbehren wird, musste die Vorschrift des § 857 ausdrücklich ausgesprochen werden. Wenn nun gesagt ist, der Besitz geht auf den Erben über, so heisst das nicht, dass sich das den Besitz ausmachende Machtverhältnis vererbt — das wäre unmöglich —, sondern, dass „die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf den mit dem Tode des Besitzers eintretenden tatsächlichen Zustand und den Erben des Besitzers entsprechende Anwendung finden" (Planck § 857, Anm. 2, Abs. 2; Biermann § 857, 2). — Hinzuzufügen ist, dass die Bestimmungen der §§ 857 und 2169 nur deswegen besonders ausgesprochen sind, weil der Besitz kein Recht ist. Wäre er ein Recht, brauchte nicht besonders gesagt zu werden, dass er vererblich, dass er Gegenstand des Vermächtnisses sein kann. Ist dies doch auch bei anderen Rechten selbstverständlich. Ferner ist anzuführen, dass nach § 93 B.G.B. die wesentlichen Bestandteile

lich, von einer Vertretung im Besitz,[1]) zu reden, ein Ausdruck, der nebenbei gesagt schon von Ihering (Besitzwille S. 314) angefochten ist. „Vertretung liegt nämlich vor, wenn ein in der Person des Handelnden (Vertreters) erfüllter Tatbestand unmittelbar für und gegen einen Dritten, den Vertretenen, wirkt. Um also von einer Vertretung im Besitz reden zu können, müsste *A* (Vertreter) Besitz erwerben, und dadurch *B* (Vertretenen) zum Besitzer machen. Dies ist unseres Erachtens — zunächst im allgemeinen — undenkbar. Wenn *A* wirklich Besitz erwirbt, so ist er Besitzer nach § 854 geworden. *B* kann erst Besitzer werden, ebenfalls nach § 854, wenn *A* ihm die tatsächliche Gewalt überlässt, im Regelfall, die Sache übergibt.[2]) Was aber — im besondern — § 855 betrifft, d. h. den Fall, in dem die Sache einem Besitzdiener für seinen Herrn übergeben wird, so ist hier die Unrichtigkeit der Annahme einer Vertretung an der Hand der gegebenen Definition der Vertretung und des S. 8 über den § 855 Ausgeführten augenscheinlich. Denn der Besitzdiener erwirbt gar nicht den Besitz an der Sache, weil er nicht die tatsächliche Gewalt erlangt. Er erfüllt also nicht den in der Person des Vertretenen wirkenden Tatbestand: den Besitzerwerb. Es liegt also

---

einer Sache nicht Gegenstand eines besonderen Rechtes sein, wohl aber nach § 865 besonders besessen werden können (Dernburg S. 43). Ferner ist nach B.G.B. wer geschäftsunfähig ist, nicht unfähig zum Besitzerwerbe (oben S. 6; Biermann § 854; Planck § 854, 2, Abs. 3; Dernburg S. 55; Bartels S. 654; Strohal S. 66, 71, 75 ff.; abweichend Endemann B. 2 S. 37). — Endlich müsste es, wäre der Besitz ein Recht, einen bedingten Besitz geben. Das ist unmöglich.

[1]) Entw. 1, § 801 liess Vertretung im Besitz allerdings zu. Ebenso das römische Recht, vgl. lex. 49 pr. de acq. vel. amitt. poss. D. 41, 2.

[2]) Vgl. Hellhoff S. 16, *α*, Abs. 1.

nicht Vertretung vor. Vielmehr ist das Verhältnis mit Hellhoff (S. 15) wie folgt zu konstruieren: die Uebergabe vollzieht sich unmittelbar vom Versender auf den Empfänger, indem der Versender gegenwärtig ist in der Person seines Besitzdieners und der Empfänger in eigener Person oder in der Person dessen, der durch Entgegennahme der Sache Besitzdiener des Empfängers wird.[1])

2. Besitzerwerb bei der Versendung durch Frachtführer.

a) Es ist ein Frachtbrief ausgestellt.

II. Wir kommen nunmehr zu dem zweiten in unserem Thema gegebenen Falle, der Beförderung eines Gutes durch einen Frachtführer,[2]) und zwar soll zu-

[1]) Zustimmend Biermann § 855, 4.

[2]) Wir behandeln im folgenden lediglich das Landfrachtgeschäft; auf das Flussfrachtgeschäft (geregelt durch das Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895, in der Fassung, die es gemäss Art. 12 und 13 des E.G. z. H.G.B. durch die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 erhalten hat), finden, sofern ein Ladeschein nicht ausgestellt ist, die Regeln vom Landfrachtgeschäft, wie es im H.G.B. behandelt ist, Anwendung. (Vgl. B.G. § 26.) Es ist deswegen keine besondere Darstellung erforderlich. — Ist ein Ladeschein ausgestellt, so gelten meistens die seerechtlichen Regeln über das Konnossement. Das Flussfrachtgeschäft findet deswegen, soweit ein Ladeschein ausgestellt ist, beim Konnossement entsprechende Berücksichtigung. — Sofern es sich um einen Transport auf Flössen handelt, finden die Regeln des Landfrachtgeschäftes, wie sie § 425 ff. H.G.B. geben, uneingeschränkt Anwendung, da das Flössereigesetz vom 15. Juni 1895 keine Vorschriften über den Frachtvertrag enthält. Der Frachtvertrag ist Werkvertrag, nicht Sachmiete oder Dienstvertrag. „Denn Gegenstand des Vertrages ist die Beförderung als Produkt der Tätigkeit, der Erfolg der Beförderung, nicht die Tätigkeit der Beförderung.“ (Staub § 425, 1.) Die übrige Literatur s. bei Endemann III S. 295.

nächst der im Verkehr häufigste Fall, nämlich wenn ein Frachtbrief ausgestellt ist,[1]) behandelt werden.

Begriff „Frachtführer".

Frachtführer ist nach § 425 H.G.B., wer es gewerbsmässig übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen. Die Vorschriften über den Frachtführer greifen nach § 451 H.G.B. ferner auch Platz, wenn ein Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Beförderung von Gütern zu Lande usw. übernimmt. Es mag hinzugefügt werden, dass Cosacks Beschränkung des Begriffes „Frachtführer" auf den Fall, dass die Beförderung unter Zuhilfenahme von Transportmitteln (Schiff, Wagen) und nicht bloss durch die Körperkraft des Unternehmers (Dienstmann) oder die eigene Bewegungskraft des Frachtgutes (Viehtreiber) erfolgt,[2]) unseres Erachtens mit dem Wortlaut des § 425 nicht vereinbar ist. Verfasser würde nach der Verkehrssitte und dem Sprachgebrauch, auf den Cosack sich stützt, kein Bedenken tragen, den Dienstmann z. B. als Frachtführer zu bezeichnen (vgl. oben S. 4, Anm. 1).

Absender und Versender.

Ausser dem Frachtführer ist beim Frachtgeschäft beteiligt der Absender, der Versender und der Emp-

---

[1]) Bei dem gewöhnlichen Landfrachtvertrag kann ein Frachtbrief ausgestellt werden, d. h. ein offenes Schreiben des Absenders an den Empfänger, das die Ankunft des Frachtgutes auf Grund des Frachtvertrages ankündigt, und vom Absender dem Frachtführer und erst nach Beendigung der Reise von diesem dem Empfänger ausgehändigt werden soll (Cosack S. 93, 1; vgl. Friedberg, Formelbuch S. 183).

[2]) Ebenso Goldschmidt, Handb. 2. Aufl. S. 614.

fänger. „Absender“ ist, wer in eigenem Namen den Frachtauftrag erteilt, während man mit „Versender“ denjenigen bezeichnet, auf dessen Rechnung der Frachtvertrag abgeschlossen wird (§ 407 H.G.B., Lehmann-Ring § 426, 1). Dieser Unterschied kommt in Betracht z. B. beim Speditionsgeschäft. Hier ist also der Versender der Auftraggeber, Absender der Spediteur. Die Terminologie hat deswegen Bedeutung, weil nur der Absender, nicht auch der Versender berechtigt ist, dem Frachtführer Anweisungen (z. B. § 433 H.G.B.) zu erteilen.[1])

Absender und Empfänger müssen beim Frachtgeschäft beteiligt sein, doch können sie identisch sein. Z. B. jemand macht eine Radtour und schickt sein an sich selbst adressiertes Gepäck voraus.

Der Absender bedient sich des Frachtführers, um das Gut an den Empfänger gelangen zu lassen.[2]) Um ihm diese Aufgabe zu ermöglichen, setzt der Absender den Frachtführer in ein Machtverhältnis zum Gute. Wir haben zu untersuchen, welcher Art dieses Verhältnis ist.

Der Frachtführer als Besitzmittler.

Verfehlt wäre es, den Frachtführer als blossen Besitzdiener nach § 855 B.G.B. anzusehen. Zwar hat der Frachtführer nach §§ 433 und 434 H.G.B. den sich auf das Transportgut beziehenden Weisungen anderer, nämlich des Absenders sowohl wie des Empfängers, Folge zu leisten (näheres hierüber siehe unten). Jedoch dies allein ist nicht entscheidend. Vielmehr

---

[1]) Lehmann-Ring § 433, 4.

[2]) Natürlich kann der Frachtführer auch vom Empfänger beauftragt sein.

setzt der § 855, wie oben erörtert, als charakteristisch für den Begriff des Besitzdieners ein Abhängigkeitsverhältnis von so ausgeprägter Art voraus, dass die Ausübung der tatsächlichen Gewalt nicht dem Besitzdiener, sondern nur dem Besitzherrn zugesprochen werden kann.

Dies trifft für den Frachtführer nicht zu: er erlangt selbständig eine tatsächliche Gewalt über das Gut (Lit. einst.). Sowohl die Verkehrsanschauung, die, wie wir oben gesehen haben, bei der Untersuchung der Frage, ob eine tatsächliche Gewalt über eine Sache begründet ist, massgebend sein muss, als auch das Gesetz, das in § 440, 2 dem Frachtführer ausdrücklich Besitz am Transportgute zuspricht, lassen hieran keinen Zweifel. Verpflichtet doch ferner den Frachtführer die ihm obliegende Haftung für Verlust oder Beschädigung des Gutes (§ 429 H.G.B.) dazu, in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung des Gutes in jedem Augenblick selbständig zu entscheiden, was die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers zur Beobachtung der Interessen des Gutes erheischt. Wie wäre die Einhaltung dieser Verpflichtung möglich, wenn der Frachtführer das Gut nicht in Verwahrung nähme, wenn er nicht die tatsächliche Gewalt hätte. Ferner ist dem Frachtführer ein Pfandrecht am Transportgute eingeräumt (§ 440); Pfandrecht an beweglichen Sachen setzt aber im geltenden Recht Besitz des Pfandgläubigers voraus (§ 1205 B.G.B).

Der Frachtführer erlangt also wirklich Besitz am Gute. Aber er wird nicht alleiniger Besitzer, vielmehr ist er nur auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet, und zwar soll er den Besitz nicht länger ausüben, als eben der Transportzweck es erheischt. Ja, es ist nicht einmal gesagt, dass er in jedem Fall bis zur Ankunft des Gutes am Ort der Ablieferung

im Besitz des Gutes verbleibt, da § 434 H.G.B. dem Empfänger die Möglichkeit gibt, schon früher dessen Auslieferung zu verlangen. Mit einem Worte, es entspricht der Besitz des Frachtführers dem Verhältnisse des § 868 B.G.B.:[1]) der Frachtführer ist Besitzmittler.[2]) Es ist zu erörtern, wer der mittelbare Besitzer ist. Dazu mag es gestattet sein, in Kürze die in der Literatur bestrittenen Kriterien des mittelbaren Besitzes, wie sie bei der folgenden Untersuchung grundlegend sein sollen, anzugeben.

Erfordernis des mittelbaren Besitzes.

Der mittelbare Besitz erfordert:

I. dass ein Besitzmittler die Sache in unmittelbarem Besitz hat, der sich als die nach der Verkehrsanschauung zu beurteilende tatsächliche Gewalt charakterisiert.

II. das Vorliegen eines Vertrages, der den Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet. Mit andern Worten: der Besitzmittler muss seinen Besitz vom mittelbaren Besitzer ableiten.[3]) Dieses Erfordernis ist

---

[1]) § 868 lautet: Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer.

[2]) Das Gesetz bezeichnet in diesem Falle „den andern“ als den mittelbaren Besitzer. Nennen wir den Pfandgläubiger etc. mit Bekker Besitzmittler.

[3]) Planck § 868, 2 b, γ; Biermann § 868, 2. Aehnlich Strohal S. 17 ff.; Endemann § 32 S. 126 „anvertrauen“; Leonhard S. 61 „der Besitzmittler muss aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben haben“; Cosack S. 428 c, Abs. 2: Mittelbarer Besitzer ist, wer von dem unmittelbaren Besitzer tatsächlich als Oberherr der Sache anerkannt wird.

daraus zu folgern, dass das Gesetz den aufgezählten Verhältnissen, die Verträge voraussetzen, ähnliche Verhältnisse gleichstellt. — Das Erfordernis zu II tritt natürlich nicht in Kraft, wenn der mittelbare Besitz nach § 870 B.G.B. durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe übertragen wird. In diesem Falle wird der Vertrag zwischen mittelbarem Besitzer und Besitzmittler eben durch den Vertrag zwischen ursprünglichem mittelbaren Besitzer und dem Erwerber des mittelbaren Besitzes ersetzt (vgl. die gewöhnliche Zession §§ 398ff. B.G.B.).

Es ist endlich forderlich:

III. dass dem mittelbaren Besitzer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzmittler zustehe. Dies folgt aus § 870 B.G.B., wo die Möglichkeit der Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegeben, ein solcher Herausgabeanspruch also als jedem mittelbaren Besitzer zustehend angesehen wird (zustimmend Planck und Biermann a. a. O.). Dagegen genügt nicht schon das blosse Vorhandensein eines Herausgabeanspruchs ohne die oben aufgestellten Erfordernisse, um den Berechtigten zum mittelbaren Besitzer zu machen, widrigenfalls ein jeder Käufer, dem die verkaufte Sache vom Verkäufer erst später zu einer bestimmten Zeit zu übergeben ist, zu ihr schon vom Abschluss des Kaufvertrages ab in das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache treten müsste.[1]) (O. Eger S. 19ff. würde dies allerdings annehmen.)

---

[1]) **Der mittelbare Besitz als Recht.** Bezüglich des mittelbaren Besitzers sagt der § 868: „Auch er sei Besitzer". Damit ist u. E. klar und unabweislich gesagt, dass, wo im Gesetz vom Besitz die Rede ist, auch der mittelbare Besitz gemeint sei (zustimmend Planck, abweichend Wendt), sofern sich nicht, wie z. B. bei den §§ 854—856 B.G.B. eine Beschränkung auf den unmittel-

Der Absender als mittelbarer Besitzer.

Wir blieben stehen bei der Untersuchung, wer im Verhältnis zum Frachtführer, den wir als Besitzmittler erkannt haben, der mittelbare Besitzer ist. Diese

---

baren Besitz aus dem Zusammenhange ergibt. Hiermit ist nun die Frage, ob mittelbarer und unmittelbarer Besitz ihrem Begriff und Wesen nach dasselbe seien, nicht entschieden. Diese Frage ist u. E. zu verneinen. Denn ist auch, wie erörtert, tatsächliche Gewalt über eine Sache, wie sie den unmittelbaren Besitz ausmacht, keineswegs identisch mit körperlicher Herrschaft über sie (siehe oben S. 6), so muss doch zwischen dem Gewalthaber und der Sache immerhin eine Beziehung tatsächlicher Natur bestehen. Dies wird in vielen Fällen zwischen mittelbarem Besitzer und der in seinem Besitz stehenden Sache nicht der Fall sein. Die Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache sind vielmehr rechtlicher Natur. Nur vermöge der Rechtsordnung besteht der mittelbare Besitz (vgl. Prot. d. zweiten Komm. B. III, S. 224 ff.). Dies erhellt auch daraus, dass, wenn eines Tages die Rechtsordnung fortfiele, es auch mit dem mittelbaren Besitz aus wäre. — Hiermit ist das Resultat gewonnen, dass unmittelbarer Besitz ein tatsächliches, mittelbarer Besitz ein Rechtsverhältnis ist. Deswegen lässt sich von einer Uebertragung des mittelbaren Besitzes, wie es auch das Gesetz § 870 tut, sehr wohl reden, während die „Uebertragung des unmittelbaren Besitzes" ein Unding ist. Den Vorzug der Priorität in der Behandlung dieser Lehre hat Wendt, doch hat er wenig Anhang gefunden. Er nimmt überall mittelbaren Besitz an, wo jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Richtig ist, was hierzu Hellhoff S. 9 ausführt, dass nämlich Wendt den Worten „oder in einem ähnlichen Verhältnis" zu wenig Bedeutung beimisst. Haben doch die im § 868 genannten Verhältnisse, denen andere als ähnlich gleichgestellt werden, neben der einem andern gegenüber bestehenden Berechtigung zum Besitz noch das Charakteristikum (S. 16, II), dass diese Berechtigung auf einem Vertrage beruht. Die Entdeckung, dass Wendts Begriff der Besitzmittlerschaft zu weit gefasst sei, dass zu ihrer Charakterisierung noch ein einschränkendes Moment hinzukommen müsse, mag Strohal und Leonhard (vgl. oben S. 16, Anm. 3) zugesprochen werden, das Verdienst jedoch, den Begriff vollständig klargestellt zu haben, gestehe ich im Gegensatz zu Hellhoff, Planck zu.

Frage ist zunächst, d. h. im Zeitpunkt der Uebergabe des Gutes an den Frachtführer und sodann während der Reise, unschwer zu beantworten. Denn nur zum Absender steht der Frachtführer in einem Vertragsverhältnis (oben S. 16, II), nur der Absender hat einen Herausgabeanspruch auf das Gut (oben S. 17, III), der Absender ist es, von dem der Frachtführer seinen Besitz ableitet (oben S. 16, II). Auch ergibt sich dies unmittelbar aus dem Gesetz. Denn es verpflichtet den Frachtführer, den Anweisungen des Absenders Folge zu leisten (§ 433 Abs. 1), wonach „während der Reise" das Gut anzuhalten, (an den Absender) zurückzugeben oder an einen andern als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger auszuliefern ist (sogenannte Kontreorder). Indem das Gesetz diese Beziehungen des Absenders zum Gute als Verfügungsrecht bezeichnet, trifft es die Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache. — Ein entsprechendes Verfügungsrecht anderer Personen, etwa des Empfängers, ist während der Reise nicht gegeben. Zwar räumt § 434 H.G.B. dem Empfänger das Recht ein, schon vor Ankunft des Gutes am Bestimmungsort[1]) alle zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Massregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke notwendigen Anweisungen zu erteilen. Allein durch diese nur für eine Notlage, etwa zum Schutz gegen Nachlässigkeit oder Unsicherheit des Frachtführers oder gegen Naturereignisse (Einfrieren, Brand)[2]) im Interesse der Erhaltung des Gutes gegebene Ausnahmebestimmung wird das Verhältnis zwischen Frachtführer und Ab-

---

[1]) Bestimmungsort ist der Ort, nach dem, dem Inhalt des Frachtvertrages gemäss, das Gut zu transportieren ist. (Staub § 433, 5).

[2]) Eger II S. 278.

sender nicht alteriert. Insbesondere ist nicht schon in diesem Zeitpunkt an einen mittelbaren Besitz des Empfängers zu denken; denn sein Verhältnis zum Gut beschränkt sich lediglich auf die im § 434 H.G.B. genannten Rechte, so dass er vor allem nicht Auslieferung des Gutes verlangen kann (§ 434 Satz 2 H.B.G.).[1]) Es ist also während der Reise der Frachtführer Besitzmittler des Absenders.

Ankunft des Gutes am Bestimmungsort.

Es fragt sich, ob sich an den geschilderten Verhältnissen etwa in dem Augenblicke etwas ändert, wo das Gut nach zurückgelegter Reise am Bestimmungsort eintrifft. Mit diesem Zeitpunkte ist nach § 435 H.G.B. der Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen; er ist insbesondere berechtigt, die Uebergabe des Frachtbriefes und die Auslieferung des Gutes zu verlangen. Danach hat es *prima facie* den Anschein, als sei von Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte ab nunmehr auch zwischen Frachtführer und Empfänger ein Verhältnis geschaffen, auf Grund dessen nach § 868 B.G.B. dem Empfänger der mittelbare Besitz am Frachtgut zugesprochen werden könnte. Dass das auf § 433 beruhende Verfügungsrecht des Absenders in diesem Zeitpunkt noch besteht, wäre kein Hinderungsgrund, weil mittelbarer Mitbesitz zwischen Absender und Empfänger denkbar wäre. Diese Argumentation lässt jedoch unbeachtet, dass ein mittelbarer Besitz nur für eine solche Person möglich ist, von der der Besitzmittler den Besitz ableitet (oben S. 16, II), mit andern Worten, für eine Person,

[1]) Lehmann-Ring § 434, 9, § 434, 3; Staub § 434, 2; Schröder S. 43.

die dem Besitzmittler den Besitz wie in den in § 868 aufgeführten Fällen durch Vertrag überlassen hat. Zwar würde die Annahme einer *cessio legis* des mittelbaren Besitzes[1]) dieses Bedenken beseitigen. Jedoch ist diese Annahme ausgeschlossen, weil bei einer Zession der alte Gläubiger unter Uebertragung seiner Rechte auf den neuen Gläubiger selbst ausscheidet. In vorliegendem Falle aber bleiben die Rechte des Absenders neben den Rechten des Empfängers bestehen. — Also auch nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort bleibt der Frachtführer Besitzmittler des Absenders.[2])

Uebergabe des Frachtbriefs. Erhebung der Klage aus § 435 H.G.B.

Eine Verschiebung der Besitzverhältnisse tritt jedoch in demjenigen Zeitpunkt ein, in dem nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort der Frachtbrief dem Empfänger oder vom übergeben Empfänger gemäss § 435 H.G.B. Klage auf Uebergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Gutes erhoben wird. Hier erlischt nämlich nach § 435 Abs. 2 H.G.B. das Verfügungsrecht des Absenders, insbesondere kann er von diesem Augenblick ab die Herausgabe des Gutes regelmässigerweise nicht mehr verlangen: mit andern Worten, er hört auf, mittelbarer Besitzer zu sein. Es liegt die Annahme nahe, dass der Empfänger mit dem Verfügungsrecht über das Gut nunmehr den mittelbaren Besitz daran erworben habe. Hat er doch „an Stelle des Absenders“[3]) alle bisher diesem zustehenden

---

[1]) Abtretung des Herausgabeanspruchs als des einzigen aus dem mittelbaren Besitze folgenden Rechtes ist nach § 870 B.G.B. möglich (siehe oben S. 18, Anm. 1).

[2]) Zustimmend Staub § 435, 10; Lehmann-Ring § 435, 1 am Anfang, § 433, 9; Schröder S. 43.

[3]) Lehmann-Ring § 433, 9 am Ende.

Rechte, also, da dieser Besitzer war, auch den Besitz erlangt.[1]) Auch heisst es in § 438 Abs. 2 ausdrücklich „der Frachtführer hat in solchem Fall nur die Anweisungen des Empfängers zu beachten; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem Empfänger für das Gut verhaftet". Zwar spricht das Gesetz nur vom Verfügungsrecht. Jedoch ist dies Verfügungsrecht unumschränkt, was auch daraus hervorgeht, dass der Frachtführer hier nur noch die Anweisungen des Empfängers zu beachten hat. Und in der Tat ist mit Eintreten der im § 433 Abs. 2 genannten Tatsachen — Uebergabe des Frachtbriefes oder Erhebung der Klage auf Herausgabe des Gutes — der Empfänger mittelbarer Besitzer des Gutes geworden.[2])

§ 870 B.G.B.

Hierin ist keinerlei Abweichung von den S. 16 f. geschilderten Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes zu erblicken. Denn so gut der mittelbare Besitz dadurch auf einen andern übertragen werden kann, dass durch Vertrag zwischen bisherigem Besitzer und Erwerber diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird (§ 870 B.G.B.), kann auch zugunsten eines Dritten vertragsmässig bestimmt werden, dass diesem Dritten von einem gewissen Zeitpunkt an der mittelbare Besitz zustehen soll. Man stellt eben der Zession den Fall gleich, dass jemand unter Auf-

[1]) Denn mittelbarer Besitz ist ein Recht (oben S. 17, Anm. 1).

[2]) Zustimmend Schröder S. 44; Frommer S. 53; Hellhoff S. 25. Abweichend Lehmann-Ring § 433, 13, § 435, 12; Staub Exk. zu § 382, 87, § 433, 6, § 435, 10; Sarwey-B. S. 210, 8. Vgl. Cosack S. 398, 6; Schott b. E. III S. 412. Vgl. ein Erkenntnis d. Handelsgerichts im Hptbl. d. Hans. Ger.-Ztg. Bd. 71, 251: Der Frachtführer fängt mit dem Augenblick, in dem er dem Destinatär den Frachtbrief einhändigt, für diesen zu besitzen an. Demnach muss die Ware von diesem Zeitpunkt an als dem Destinatär tradiert gelten.

gabe eines Rechtes für seine Person ein ausschliessliches Recht gleichen Inhalts einem andern verschafft (Hellwig S. 345, Frommer S. 53). Der springende Punkt ist im Tatbestand beider Fälle derselbe. Es handelt sich hier wie da um eine Ausübung des Verfügungsrechtes seitens des mittelbaren Besitzers über die in der tatsächlichen Gewalt des Besitzmittlers befindliche Sache. Die Möglichkeit dieser Analogie ist durch die Hellwigsche[1]) Auffassung des § 870 B.G.B. gegeben, die dahin geht, „es sei diese Bestimmung[2]) nicht wörtlich zu verstehen, vielmehr komme es bei der Nachfolge in den mittelbaren Besitz nach dem Sinne des Gesetzes nur darauf an, dass der Zuwendende dem andern den alleinigen Herausgabeanspruch verschafft".[3]) Denn der Herausgabeanspruch ist ja das einzige aus dem mittelbaren Besitz resultierende Recht. Zwar erachtet Lehmann-Ring § 433, 13 diese Ausdehnung als über die *ratio* von § 931 B.G.B. weit hinausgehend. Allein dem kann mit Hellhoff (S. 16f.) entgegengesetzt werden, dass nach dem Grundsatz „Schutz allen schutzwürdigen Interessen" gerade im vorliegenden Fall ein weitgehender Rechtsschutz erforderlich erscheint. Ausserdem liegt es doch im Interesse der am Transport Beteiligten, dass der Zweck des Transportes, die Eigentumsübertragung an den Empfänger (oben S. 1 Abs. 1), so bald wie möglich erreicht werde.

---

[1]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 344ff., 491.

[2]) § 870 B.G.B. lautet: Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen andern übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

[3]) Vgl. die Ausführungen bei Hellhoff S. 13.

Diese Verschaffung des Herausgabeanspruchs ist nun durch einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten, nämlich durch den Frachtvertrag, bewirkt. Dass der Frachtvertrag ein solcher Vertrag zugunsten eines Dritten ist,[1]) beweist ein vergleichendes Heranziehen der Vorschriften des B.G.B. über „Versprechen der Leistung an einen Dritten", wie es sich auch bei Lehmann-Ring § 435, 2 Abs. 5 findet. Absender und Frachtführer vereinbaren im Frachtvertrag eine Leistung des Frachtführers an den Empfänger (§ 328 Abs. 1 B.G.B.), und zwar soll — so ergänzen die Vorschriften des § 433 H.G.B. diesen Vertrag — der Empfänger nicht sofort mit Abschluss des Vertrages die Rechte auf die Leistung erwerben, sondern erst „unter gewissen Voraussetzungen" (§ 328 Abs. 2), nämlich dann, wenn ihm nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort der Frachtbrief übergeben ist, oder er Klage gegen den Frachtführer auf Uebergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Gutes erhoben hat. Dabei ist dem Versprechensempfänger (Absender) die Befugnis vorbehalten (§ 323 B.G.B.), ohne Zustimmung des Versprechenden (Frachtführers) an die Stelle des im Vertrage bezeichneten Dritten (Empfängers) einen andern zu setzen (§ 433 H.G.B.). Nicht entgegen steht § 333 B.G.B., wo bestimmt ist, dass, wenn der Dritte das aus dem Vertrage erworbene Recht zurückweist, das Recht als nicht erworben gilt. Denn, verweigert der Empfänger hinterher die Annahme des Gutes, so lebt das Recht des Absenders, sein mittelbarer Besitz, wieder auf (vgl. Schröder S. 44 Anm. 8). Es ist daher das im Gesetz sogenannte Erlöschen des Verfügungsrechtes mit Recht vom Reichsoberhandels-

[1]) Lehmann-Ring § 435, 2, Abs. 5; Staub § 435 Einl., § 434, 1; Hellwig S. 408 ff.; Schröder S. 43; Fischer-Henle § 328, 7; Planck § 328, 5; Cosack S. 397, 5 b; Frommer S. 49.

gericht (Bd. VI, 273) als eine blosse Suspension[1]) bezeichnet worden.

Auf Grund des zugunsten des Empfängers zwischen Absender und Frachtführer geschlossenen Vertrages ist also der Empfänger vom Eintreten der in § 433 H.G.B. genannten Tatsachen ab mittelbarer Besitzer des Gutes geworden (oben S. 22).

Mit dieser Auffassung steht nun freilich die Ansicht des Reichsgerichtes (Bd. XXVII S. 85 und Bd. XI S. 327; vgl. auch Entscheidungen des O.L.G. Dresden im Sächs. Archiv Bd. IV S. 197) im Widerspruch, wonach der Uebergang des Verfügungsrechtes über das Gut auf den Empfänger nur obligatorische Wirkungen erzeugt, nicht aber Besitz auf den Empfänger überträgt. Hierbei ist aber zu beachten, dass diese Entscheidungen des Reichsgerichts auf altem Rechte basieren, das eine dem § 868 B.G.B. entsprechende Gesetzesvorschrift nicht kannte (ebenso Hellhoff S. 27).

Konstruktion der Rechte des Empfängers.

Mit der Konstruktion der Rechte des Empfängers beschäftigen sich noch eine Reihe von Theorien, bezüglich derer jedoch auf Vogel S. 28 ff. verwiesen sein mag. Nur einiges wenige soll hier gesagt werden. Die Theorien, die den Empfänger als Stellvertreter, als Geschäftsführer ohne Auftrag, als präsumtiv Bevollmächtigten des Absenders auffassen, werden abgelehnt. Man könnte daran denken, dass mittels einer *cessio legis* der Uebergang des mittelbaren Besitzes vom Absender auf den Empfänger vor sich gegangen sei. Allein, diese Konstruktion scheitert daran, wie Lehmann-Ring § 435, 2

---

[1]) Staub § 433, 6; Gareis und Fuchsberger S. 835, 67; Frommer S. 51, Anm. 57. Vgl. Hans. Ger.-Ztg. 72, Nr. 22, 35, 293.

Abs. 2 mit Recht ausführt, abgesehen von anderen gewichtigen Gründen, die gegen sie sprechen, dass nicht alle Einwendungen des Absenders gegen den Frachtführer auf den Empfänger übergehen (§ 404 B.G.B.), vielmehr nur die durch den Frachtvertrag begründeten.

Die angeführten Theorien unterscheiden sich von der von uns vertretenen durch die Annahme, der Empfänger übe mit der Verfügung über das Transportgut nur die Rechte des Absenders aus. Sie stützen sich darauf, der Empfänger habe mit dem Frachtführer gar nicht kontrahiert. Unserer Auffassung dagegen entspricht die Annahme des Rechtes des Empfängers als eines selbständigen.[1]) Dies meint auch der § 435 mit den Worten: Der Empfänger kann die betreffenden Rechte „in eigenem Namen" geltend machen.

Rechtliche Natur des Frachtbriefs.

Wenn nun angenommen ist, dass im Zeitpunkt der Uebergabe des Frachtbriefes (§ 433 H.G.B.) eine Verschiebung des Besitzrechts eintritt, so soll damit nicht gesagt sein, dass die Uebergabe des Frachtbriefs an sich für die Rechte am Gut von Bedeutung ist. So würde z. B. eine Aushändigung des Frachtbriefs vor Ankunft des Gutes am Bestimmungsort für den Besitz am Gute bedeutungslos sein. Die Uebergabe des Frachtbriefs kennzeichnet vielmehr lediglich den Zeitpunkt, von dem ab dem Empfänger das Recht auf das Gut zustehen soll. Im Gegensatz zu dem Ladeschein und Konnossement, die den Charakter von Dispositionspapieren tragen, ist der Frachtbrief nur Beweisurkunde. Wenn auch der Verkehr dazu neigt, Frachtbriefe zur Zirkulation des Gutes zu benutzen, so ist doch die gesetzliche Festlegung der Wertpapiernatur des Fracht-

[1]) Ebenso R.O.H.G. IV, 359; Lehmann-Ring § 435, 2, Abs. 4.

briefs nicht erfolgt. Im alten H.G.B. Art. 391 war sogar ausdrücklich ausgesprochen, „der Frachtbrief dient als Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer nnd dem Absender". Diese Bestimmung trifft auch noch für das neue H.G.B. zu. Nur ist sie hier als selbstverständlich nicht mehr ansdrücklich ausgesprochen (Denkschrift S. 255). Natürlich steht nichts im Wege, wie Müller S. 29 richtig bemerkt, „dass der Frachtführer in einem Frachtbrief die Verbindlichkeit zur Auslieferung in solcher Weise übernimmt, dass dieses Papier nach Analogie der Ladescheine oder Konnossemente zu behandeln ist". Dies ist jedoch Sache der Parteiabmachung im einzelnen Fall, ohne dass eine Folgerung für die rechtliche Natur des Frachtbriefs im allgemeinen daraus gezogen werden könnte.[1])

Unmittelbarer Besitz des Empfängers.

Der Empfänger erlangt den unmittelbaren Besitz am Frachtgute mit dessen Auslieferung durch den Frachtführer, wie diese regelmässig nach beendeter Reise am Bestimmungsort, nur im Ausnahmefall, wenn der Frachtführer vom Absender zur vorzeitigen Auslieferung (Schott b. E. S. 401 „erfrühten (!) Auslieferung") des Gutes ermächtigt ist (§ 434 Satz 2 H.G.B.), vor Beendigung der Reise geschieht. Dies ist zugleich der Zeitpunkt, in dem der Frachtführer aus dem Besitzverhältnis zum Gute gänzlich ausscheidet.

b) Es ist kein Frachtbrief ausgestellt.

Ist nun beim Abschluss des Frachtvertrages kein Frachtbrief ausgestellt, so ist der einzige Fall, in dem der Empfänger den mittelbaren Besitz erlangen kann (vgl. o. S. 21) die Erhebung der Klage nach § 435.

---

[1]) Staub § 426, 1; Hellwig S. 485; Cosack S. 392, 5; Lehmann-Ring § 426, 4; Müller S. 29 ff.

c) Es ist ein Ladeschein ausgestellt.

Es bleiben übrig die Fälle, in denen ein Ladeschein ausgestellt ist. Hier finden, worauf schon oben hingewiesen ist, die seerechtlichen Regeln vom Konnossement Anwendung. Dies ist einmal deswegen anzunehmen, weil Konnossement und Ladeschein ihrem Begriff und Wesen nach gleich sind (vgl. §§ 450 und 647 H.G.B.) und demselben Zwecke, das Gut schon während der Reise zirkulationsfähig zu machen, dienen sollen; dann aber, weil auch die Vorschritten des Binnenschiffahrtsgesetzes über den Ladeschein den seerechtlichen Konnossementsvorschriften nachgebildet sind (Staub §§ 444, 6). Es kann somit auf Teil V unserer Abhandlung verwiesen werden.

Denkbar ist endlich der Fall, dass das Gut selbst dem Empfänger vom Frachtführer — einerlei ob vor oder nach Beendigung der Reise — übergeben wird, ohne dass die in § 433, 2 H.G.B. genannten Tatsachen eintreten. Hier erlangt der Empfänger die tatsächliche Gewalt über das Gut und wird (§ 854 B.G.B), ohne erst wie oben den mittelbaren Besitz zu erwerben, sofort unmittelbarer Besitzer (vgl. Staub § 433, Einl. a. E. R.O.H.G. Bd. 21, S. 182).

Zusammenfassung.

Es sei danach die Frage nach dem Besitzerwerbe am Transportgut im Fall der Versendung durch einen Frachtführer in Kürze wie folgt zusammengefasst.

1. Durch Uebergabe des Gutes vom Absender an den Frachtführer wird ersterer mittelharer Besitzer, letzterer erlangt den unmittelbaren Besitz als Besitzmittler.

2. Der mittelbare Besitz des Absenders erlischt, noch ehe der unmittelbare Besitz des Frachtführers sein Ende erreicht, um dem mittelbaren Besitz des

Empfängers Platz zu machen. Es geschieht dies in dem Augenblick, wo nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort vom Frachtführer dem Empfänger der Frachtbrief ausgehändigt ist, bzw. vom Empfänger Klage auf Herausgabe des Gutes und Uebergabe des Frachtbriefes erhoben wird.

3. Der unmittelbare Besitz des Frachtführers erlischt, und der Empfänger erlangt, eventuell an Stelle des mittelbaren Besitzes den unmittelbaren Alleinbesitz, wenn ihm das Gut in Erledigung des Frachtvertrages durch den Frachtführer übergeben ist.

3. Besitzerwerb im Falle der Versendung durch die Eisenbahn.

Was den Besitzerwerb im Falle der Versendung durch die Eisenbahn angeht, so gelten dem § 454 entsprechend die Vorschriften über das gewöhnliche Landfrachtgeschäft subsidiär, d. h. sofern nicht in den eisenbahnrechtlichen Spezialquellen, dem Abschnitt VII im 3. Buch des H.G.B. und der Verkehrsordnung vom 29. Oktober 1899,[1]) anderes bestimmt ist. Nach diesen Bestimmungen unterliegen einer besonderen von dem oben Gesagten abweichenden Behandlung nur diejenigen Fälle, in denen neben dem Frachtbrief ein Frachtbriefduplikat[2]) ausgestellt ist, das sich in den

[1]) Das H.G.B. hat die betr. Vorschriften der Verkehrsordnung in sich aufgenommen. (Vgl. Denkschr. S. 268.)

[2]) Frachtbriefduplikat ist eine von der Eisenbahn auf Verlangen des Absenders ausgestellte und von ihr unterschriebene Abschrift des Frachtbriefes, die, nachdem sie von der Bahn abgestempelt ist, zur Bescheinigung des Empfanges des Gutes dient (§ 54 V.O.; vgl. Cosack S. 393, 2). Dem Duplikate steht rechtlich gleich der Aufnahmeschein (§ 54, Abs. 7, V.O.). Er wird anstatt desselben von der Bahn ausgestellt, wenn der Absender damit einverstanden ist. Die früher nur fakultative Ausstellung von Duplikaten ist heute auf Wunsch des Absenders obligatorisch (§ 54,

Händen des Empfängers befindet.[1]) Auf den letzteren Umstand ist entscheidendes Gewicht zu legen.

a) Ein Frachtbriefduplikat ist nicht ausgestellt.

Ist ein Duplikat nicht ausgestellt, so findet das im Teil II Gesagte entsprechende Anwendung. Danach behält der Absender auf Grund des ihm durch § 64 Abs. 1 V.O. (§ 433 H.G.B.) gewährten Rechtes, zu verfügen, „dass das Gut auf der Versandstation zurückzugeben, unterwegs anzuhalten, oder an einen andern als den im Frachtbrief genannten Empfänger am Bestimmungsort oder auf einer Zwischenstation abzuliefern sei", den durch die Eisenbahn vermittelten Besitz am Frachtgute, bis nach Ankunft am Bestimmungsorte[2]) mit Uebernahme des Frachtbriefes durch die Eisenbahn an den Empfänger oder mit der Erhebung der Klage aus § 66 V.O. (§ 435 H.G.B) gegen

---

Abs. 5, V.O.; § 455 H.G.B). Stets erfolgt diese Ausstellung im internationalen Eisenbahnverkehr (vgl. Berner Uebereinkommen Art 8, 5, Art. 15, 2; Staub § 455, 1).

[1]) Eine weitere, für unsere Erörterung nicht in Betracht kommende Abweichung vom gewöhnlichen Frachtgeschäft findet sich darin, dass nach § 54, 1, V.O. der Frachtvertrag erst dadurch abgeschlossen ist, dass das Gut mit dem Frachtbrief von der Versandstation angenommen ist; vgl. auch Berner Vertrag, Art. 8. Die Gültigkeit des Vertrages wird also durch Ausstellung eines Frachtbriefes bedingt.

[2]) Dies ist regelmässig der vom Absender im Frachtbrief bezeichnete Ort. Befindet sich daselbst keine für den Güterverkehr eingerichtete Station und sind auch keine Einrichtungen für den Weitertransport von seiten der Bahn getroffen, so wird das Gut an der letzten Station, bis zu der die Beförderung durch die Bahn erfolgt, abgeliefert, und tritt schon hier in den Machtbereich des Empfängers. — Bez. der Frage, wo die Bahn das Gut dem Empfänger einzuhändigen habe, und ob sogenannte Rollführer als zum Empfang des Gutes vom Empfänger bevollmächtigt gelten, vgl. R.O.H.G. Bd. VIII S. 24.

die Bahn der Empfänger als mittelbarer Besitzer an Stelle des Absenders tritt (s. oben S. 22).

Dasselbe trifft zu, wenn die Bahn zwar ein Duplikat des Frachtbriefs ausgestellt hat, dasselbe jedoch im Besitz des Absenders geblieben ist. Denn dann kann der Absender das Duplikat jederzeit vorlegen, und damit sein Verfügungsrecht unbeschränkt geltend machen (§ 73, 2 V.O. § 455, 2 H.G.B.). Aber auch, wenn das Duplikat sich nicht mehr beim Absender befindet, sofern es nur nicht in den Besitz des Empfängers gelangt ist (z. B. es ist verloren gegangen), ändert sich nichts an den geschilderten Besitzverhältnissen. Zwar muss der Absender, wenn er über das Gut verfügen will, ohne das Duplikat vorlegen zu können, die Zustimmung des Empfängers beibringen. Jedoch ist hierin nicht eine Einräumung des Mitbesitzes zu erblicken. Vielmehr soll die Bahn nur gegen eventuelle Schadensersatzansprüche, die dem Empfänger nach § 455 zustehen, geschützt werden. „Glaubt die Bahn auf andere Weise die Gewissheit zu haben", führt Frommer S. 60 richtig aus, „dass der Empfänger das Duplikat nicht besitzt, so kann sie auch ohne Anwendung dieser Vorsichtsmassregel den Anweisungen des Absenders Folge leisten.

b) Ein Frachtbriefduplikat ist ausgestellt.

Eine Abweichung vom gewöhnlichen Frachtgeschäft, wie es in Teil II behandelt ist, liegt hier insofern vor, als weder die Verkehrsordnung noch das Berner Uebereinkommen dem Empfänger die Rechte aus § 434 H.G.B. einräumen, nämlich „schon vor Ankunft des Gutes am Bestimmungsort alle zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Massregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke notwendigen Anweisungen zu erteilen". Im übrigen

ist es bei der Untersuchung der Besitz- und Eigentumsfrage unwesentlich, ob dem Empfänger die genannten Rechte zustehen oder nicht. Denn das Gesetz gewährt sie dem Empfänger lediglich, wie S. 19 ausgeführt, im Interesse des Gutes und nur für einen Notfall, ohne jedoch den Besitz des Absenders zu alterieren.

Anders verhält sich, wie gesagt, die Sachlage da, wo der Absender von seinem Recht, ein Frachtbriefduplikat zu verlangen, Gebrauch gemacht, es aber in die Hand des Empfängers hat gelangen lassen. § 64 Abs. 2 V.O. und § 455 H.G.B. bestimmen nämlich, dass im Falle der Ausstellung eines Duplikates die oben genannten Rechte, insbesondere der Herausgabeanspruch, dem Absender nur zustehen sollen, wenn er das Duplikat vorlegt. Hat er nun das Duplikat dem Empfänger übersandt, so kann er es natürlich nicht vorlegen, kann also nicht unbeschränkt verfügen. Man könnte daran denken, dass in diesem Falle kraft der zur Verfügung über das Gut erforderlichen Zustimmung des Empfängers auch dieser zum Gute in ein Machtverhältnis trete, das als mittelbarer Besitz zu charakterisieren wäre, eine Ansicht, die in der Tat von Schröder (S. 44) und Frommer (S. 61) aufgestellt ist. Da auch der Absender seine Dispositionsbefugnis behält[1]), so könnte naturgemäss nur von einem mittelbaren Mitbesitz am Gute die Rede sein: sowohl dem Empfänger wie dem Absender wäre der mittelbare Besitz zuzusprechen. Das hiesse aber die Tragweite des durch § 73 V.O. mit dem Besitz des Duplikates verknüpften Zustimmungsrechtes zu sehr ausdehnen. Vielmehr hat die Uebergabe des Duplikates lediglich die Wirkung, dass der Absender von nun an in der

[1]) Abweichend Cosack S. 398 II, 1.

Verfügung über das Gut beschränkt ist[1]). Der Empfänger soll gegen eine ihm nachteilige Verfügung (willkürliche Kontreorder) geschützt werden, er soll „eine nicht mehr entziehbare Anwartschaft auf den Erwerb der Rechte aus dem Frachtvertrag haben“,[2]) der Besitz jedoch verbleibt allein dem Absender. Auch der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen die Annahme eines selbständigen Besitzes des Empfängers. Denn es redet nur von einer Verfügung des Absenders, nicht aber von einer solchen des Empfängers.

In keinem Fall kann die Uebergabe des Duplikates an den Empfänger diesem den alleinigen Besitz am Gute verschaffen. Denn die Kraft des Frachtbriefes oder eines Ladescheins ist dem Duplikat im § 54 Abs. 6 V.O. ausdrücklich abgesprochen.[3]) Auch sind die betreffenden Gesetzesvorschriften, nach denen das Recht des Absenders, wenn auch beschränkt, neben dem Recht des Empfängers bestehen bleibt, zwingendes Recht.

Es bleibt also auch im Falle der Ausstellung eines Duplikates, das sich beim Empfänger befindet, der Absender alleiniger mittelbarer Besitzer des durch die Eisenbahn versendeten Gutes, bis mit Uebergabe des Frachtbriefes oder Zustellung der Klage aus § 66, 2 V.O. (435 H.G.B.) sein Verfügungsrecht erlischt, und der Empfänger statt seiner mittelbaren Besitz erlangt.

4. Besitzerwerbung im Falle der Versendung durch die Post.

a) gewöhnlicher Frachtvertrag.

Wir gehen nunmehr zu dem vierten Fall unserer

---

[1]) Zustimmend Lehmann § 455, 7, 8; Staub § 455, 2; Hellwig S. 493; Hellhoff S. 27. Abweichend Frommer S. 61.

[2]) Staub § 455, 2, Abs. 2; Müller S. 39.

[3]) Vgl. dagegen den preuss. Entw. z. H.G.B. Art. 230, Abs. 2.

Erörterung über, dem Besitzerwerb im Falle der Versendung durch die Post.

Es sei vorausgeschickt, dass die Verträge der Post mit dem Publikum verschiedenartiger Natur sind. Wir behandeln zunächst das gewöhnliche Postfrachtgesetz wie es über Briefe und Pakete geschlossen wird. Das sogenannte Zeitungsdebit wird danach besonders zu betrachten sein. Das Postanweisungsgeschäft scheidet bei unserer Erörterung aus. Denn die Versendung des Postanweisungsformulars unterscheidet sich in nichts von der Versendung eines Briefes oder Paketes, fällt also unter den betreffenden Abschnitt der Erörterung. An dem eingezahlten Gelde aber findet eine Versendung nicht statt. Sollte doch durch dies eigenartige Geschäft gerade der Bequemlichkeit halber die Versendung des Geldes vermieden werden. Es ist wohl in der Einzahlung und Auszahlung ein dem *depositum irregulare* analog zu behandelnder Realkontrakt anzunehmen.[1])

Die Definition des Frachtführers (o. S. 13) trifft auch die Post in ihrer Eigenschaft als Transportunternehmer. Dennoch entzieht das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmung (§ 452 H.G.B.) den Beförderungsvertrag der Post den Bestimmungen des H.G.B. Für ihn ist das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871 nebst der auf Grund von § 50 dieses Gesetzes erlassenen Postordnung vom 20. Mai 1900 massgebend.[2]) Subsidiär

---

[1]) Dabei würde mit der Einzahlung Eigentum auf die Post übergehen.

[2]) Die P.O. ist weder Gesetz noch Rechtsverordnung (Cosack S. 460); doch sind ihre Bestimmungen als stillschweigend anerkannte Bestandteile des Vertrages zwischen Post und Publikum anzusehen.

greifen die allgemeinen Vorschriften über den Werkvertrag Platz.[1])

Die Post als Besitzmittler.

Bezüglich der Frage, ob die Post zu dem zur Beförderung übernommenen Gute in ein Besitzverhältnis tritt ohne lediglich Besitzdiener wird, können wir auf das oben S. 14 f. Gesagte verweisen. Auch hier ist ein Abhängigkeitsverhältnis nicht vorhanden. Die Post erlangt demgemäss Besitz an dem zu befördernden Gute. Der Erwerb des Besitzes geschieht mit der Einlieferung des Gutes in den Gewahrsam der Post seitens des Absenders,[2]) insbesondere durch Uebergabe an dem Beamten (z. B. am Schalter, § 30 P.O.) oder durch Einlegung in den Briefkasten (§ 29, III P.O.). Die Begründung der tatsächlichen Gewalt kann hier nicht in Zweifel gezogen werden. Auch die Post ist indessen nicht alleiniger Besitzer, sondern Besitzmittler.

Der Absender als mittelbarer Besitzer.

Die Vorschriften der P.O. und des P.G. stellen ausser Zweifel, dass als mittelbarer Besitzer der Absender, nicht etwa der Empfänger, anzusehen ist. Dass auch die postrechtlichen Vorschriften von diesen allgemeinen Regeln nicht abweichen, ergibt sich aus § 33 I P.O., wo es heisst: „Der Absender kann eine Postsendung zurücknehmen oder ihre Aufschrift ändern lassen". — Zu vergleichen ist ferner § 50 Abs. 2 P.G., der ausdrücklich vom Vertrage zwischen Post und Absender redet, und ferner § 6 P.G., eine Vorschrift,

---

[1]) Ueber internationales Postrecht vgl. den Weltpostvertrag von 1874, erneuert am 15. Juni 1897 zu Washington.

[2]) Das Gesetz spricht auch hier von Absender, nicht Versender (§§ 2, 6 P.G.; §§ 31, 33, 36, 45 u. a. P.O.).

die nur dem Absender gegebenen Falles eine Ersatzforderung gegen die Post gibt.

Der erwähnten Vorschrift gegenüber ist es nicht stichhaltig, dem Adressaten ebenfalls ein selbständiges Recht gegen die Postverwaltung einzuräumen, die Ersatzleistung bei Beschädigung und Verlust des Gutes zu fordern, eine Auffassung, die allerdings vertreten ist (vgl. Dambach S. 73, 2 Abs. 2). Man hat zur juristischen Konstruktion dieses Rechtes gesagt, schon in der Adresse läge eine Zession der Rechte an der Sendung vom Absender an den Empfänger (so Höpfner, Anspruch des Adressaten eines Briefes an die Post). Diese Bemerkung sei hier insofern gestattet, als der Empfänger, wenn er Besitzer der Postsendung wäre, im Falle des Verlustes seines Rechtes aus dem Besitz, des Anspruchs auf Herausgabe, durch eine Ersatzforderung geschützt sein müsste. — Dass es sich hier um mittelbaren Besitz des Absenders handelt, liegt auf der Hand.

Aber auch nach Ankunft des Postgutes am Bestimmungsort bleibt der Absender Besitzer des Gutes: ein dem § 435 H.G.B. entsprechendes Recht des Empfängers auf Auslieferung gegen die Post, das die Anerkennung des mittelbaren Besitzes des Empfängers vor Auslieferung der Sendung selbst zur Folge haben würde, ist hier nicht gegeben.

Recht des Empfängers auf Auslieferung.

a) Im geltenden Recht.

Zwar hat man in der Literatur[1]) mehrfach ver-

[1]) Cosack S. 462, 3, Anm.; Paul Schmidt, Recht des Empfängers einer Postsendung gegen die Post auf Auslieferung; Hogrewe, Das selbständige Klagerecht des Adressaten einer Postsendung; Schmidt bei Gruchot Bd. 34 S. 205; Hellwig S. 520 ff.

sucht, ein Recht des Empfängers auf Auslieferung des Gutes nach dessen Ankunft am Bestimmungsort zu konstruieren. Den positiven Gesetzesbestimmnngen gegenüber kann dies jedoch nicht aufrecht erhalten werden. Denn § 33 I P.O. gibt dem Absender die oben genannten Rechte „solange die Sendung dem Empfänger noch nicht ausgeliefert ist". Hieraus ergibt sich, dass der Empfänger kein Recht auf Auslieferung hat.[1]) Denn, wie Dambach S. 74 ausführt, läge ein unlösbarer Widerspruch darin, dass der Adressat die Post auf Auslieferung des Gutes verklagen könnte, während der Absender berechtigt ist, die Rückgabe der Sendung bis zu deren Auslieferung an den Adressaten zu verlangen. Stützend steht dieser Ansicht zur Seite, wie Sydow im Postarchiv 1891 S. 524 schon für das alte Recht bemerkt, dass die Tradition der Postverwaltung sich einem Auslieferungsrecht des Empfängers gegenüber ablehnend verhält.

Das in Frage stehende Recht des Empfängers ist, abgesehen von den angeführten überzeugenden Gegengründen, auch deshalb in Abrede zu stellen, weil die P.O., die im übrigen als *lex contractus* in der ausführlichsten Weise die kleinsten Details regelt, von einem Auslieferungsrecht des Empfängers nirgends spricht. Hätte der Gesetzgeber dem Empfänger ein so weitgehendes Recht geben wollen, hätte er es sicherlich angesichts der grossen Meinungsverschiedenheit in der Wissenschaft[2]) bei Gelegenheit der neuen Post-

---

[1]) Zustimmend Dambach S. 74; Laband, 3. Aufl., S. 83 f.; Schott b. E. III S. 566; Vogel S. 47 ff.; Tinsch bei Gruchot Bd. 35 S. 205; Paul Schmidt S. 64.

[2]) Ueber die verschiedenen Ansichten in der Literatur sei verwiesen auf Paul Schmidt S. 6—21.

ordnung von 1900 durch positive Bestimmung festgelegt.

b) Im früheren Recht.

Anders war die Rechtslage unter der Herrschaft des alten Rechts. Damals liess sich unter Anwendung des Art. 405 des Allg. Deutschen H.G.B. (heute § 435 H.G.B.) ein Recht des Empfängers, Auslieferung der Postsendung nach deren Ankunft am Bestimmungsort im eigenen Namen zu verlangen, annehmen[1]) (vgl. Laband Staatsrecht 2. Aufl. Bd. 2 S. 19). Diese Auffassung war insofern zutreffend, als Art. 421 vorschrieb „die Bestimmungen des H.G.B. über Frachtgeschäfte gelten auch für die Postverwaltung, soweit nicht durch besondere Gesetze und Verordnungen für sie anderweitiges bestimmt ist", „und tatsächlich eine abweichende Bestimmung nicht bestand. — Heute, wo, wie erwähnt, die Post dem Bereiche des H.G.B. ganz entzogen ist, und eine dem § 435 H.G.B. analoge Vorschrift in den postrechtlichen Spezialquellen nicht vorhanden ist, gibt es ein derartiges Recht des Empfängers nicht mehr. Von mittelbarem Besitz des Empfängers kann also nicht die Rede sein.

Hiernach bleibt der Absender mittelbarer Besitzer, bis sein Besitzmittler, die Post, sich ihrer vertragsmässigen Verpflichtung durch Beförderung der Sendung entledigt hat und ihren unmittelbaren Besitz aufgibt (ebenso gemäss Art. 9 Welt-P.-Vertr. f. d. intern. Postrecht). Der Absender bleibt also auch dann noch mittelbarer Besitzer, wenn dem Empfänger die in § 43 I P.O. genannten Begleitpapiere, nämlich Postpaketadresse und Ablieferungsschein, übergeben sind. Denn der Empfänger erlangt hierdurch nichts als das Recht,

[1]) Zustimmend Paul Schmidt S. 43 und die dort angeführten Schriftsteller.

sich zur Empfangnahme des Gutes zu melden (vgl. § 43 I P.O.); der Absender hat auch jetzt noch, solange die Sendung selbst dem Empfänger noch nicht ausgehändigt wird, das Recht, die Sendung zurückzunehmen oder an einen andern Adressaten abliefern zu lassen.[1])

Charakter der postalischen Begleitpapiere.

Was die genannten Papiere anlangt, so sagt Hellwig (S. 529) von der Paketadresse, „sie sei eine mit der Adresse verbundene Postkarte, die die Post ohne weiteres Entgelt mit zu transportieren übernehme". Sie ist etwa dem Frachtbriefe zu vergleichen; auch mangelt ihr, wie diesem, die Wertpapiernatur, so dass ihre Uebergabe an den Empfänger vor Aushändigung des Gutes selbst[2]) für die Besitzverhältnisse am Gute ohne Bedeutung ist. Dies ergibt sich auch aus dem Zweck der Postpaketadresse als einer Quittungsurkunde über den Empfang der Sendung.

Der Paketadresse steht der Ablieferungsschein bei Briefsendungen rechtlich gleich.[3]) Er ist, wie Hellwig (S. 527) sagt, nichts weiter als eine Benachrichtigung an den Empfänger, von der Ankunft eines Briefes, der von ihm abzuholen sei. Schröders (S. 42) Annahme, die Uebergabe des Ablieferungsscheines sei mit der Uebergabe der Sendung gleichbedeutend, ist vollkommen willkürlich. Dann wäre ja der Ablieferungsschein ein Traditionspapier, wie Konnossement und

---

[1]) Zustimmend Dambach S. 74 a. E.; Hellwig S. 527. Abweichend Schröder S. 42.

[2]) So bei Paketsendungen, die von der Post nicht in die Wohnung des Empfängers gebracht werden, sondern von diesem abgeholt werden müssen.

[3]) Vgl. auch § 36 I, II; § 42 IIIa; § 43 I, III u. a., wo Paketadresse und Ablieferungsschein nebeneinander genannt sind.

Ladeschein! Ein solcher Charakter kann aber nur durch positive Gesetzesbestimmung geschaffen werden, und das ist für den Ablieferungsschein nicht geschehen.

b) Zeitungsdebit.

Wie gesagt, muss von den erörterten Beförderungsverträgen der Zeitungsvertrieb der Post, sogenanntes Debit, getrennt gehalten werden. Bei diesem Geschäfte handelt es sich darum, dass der Verleger dem Publikum Zeitungen durch Vermittlung der Post verkauft und übersendet. Es liegen also zwei Verträge vor: der erste zwischen Post und Verleger, der zweite zwischen Verleger und Publikum.[1]) Dabei schliesst die Post als Vertreter des Verlegers[2]) mit dem Käufer den auf Lieferung der Zeitungen gehenden Vertrag. Der Vertrag zwischen Post und Verleger enthält für die Post eine zwiefache Verbindlichkeit, nämlich einerseits die Verpflichtung zur Annahme der Bestellungen der Zeitung,[3]) andererseits „die Verpflichtung, die bestellten Zeitungen vom Verleger zum Besteller zu befördern".[4]) [5]) Für unsere Erörterung interessiert nur die letztere Verbindlichkeit. Wie wir sehen, liegt indessen ein gewöhnlicher Beförderungsvertrag vor, bei dem die Post Besitzmittler und der Verleger als Absender mittelbarer Besitzer ist. Der

---

[1]) Einen Vertrag zwischen Post und Verleger erkennen an: R.O.H.G. XXIII S. 10 ff.; Hellwig S. 518; Schmidt S. 35; Frommer S. 47. Abweichend legen zugrunde einen Vertrag zwischen Post und Publikum: Dambach S. 50 f.; Cosack S. 467, 2a, Abs. 2.

[2]) Hellwig a.a.O.; Schmidt a.a.O. Abweichend Frommer S. 45.

[3]) Werkvertrag.

[4]) P. Schmidt S. 37, Abs. 2.

[5]) Ueber die verschiedenen Konstruktionen des Zeitungsdebits vgl. P. Schmidt S. 35 f.; Frommer S. 41 ff. Die Verpflichtung der Post zur Empfangnahme des Kaufpreises fasse ich mit Schmidt S. 39 als Inkassomandat auf.

Empfänger erlangt mit der körperlichen Uebergabe an sich oder an seinen Besitzdiener den unmittelbaren Besitz.

Anders wäre die Rechtslage, wenn man im Zeitungsdebit ein Kommissiongeschäft sehen wollte.[1]) Es würde dann die Post auf fremde Rechnung, aber auf eigenen Namen die Zeitung kaufen und würde Eigentum an der Zeitung erwerben. Damit fiele der Besitz des Verlegers, und die Post hätte allein den unmittelbaren Besitz an der Zeitung. Durch Uebergabe würde der Besteller den unmittelbaren Besitz erwerben. Eine Versendung läge in diesem Falle nicht vor, da ja die Post ihre eigene Sache transportiert. — Für das alte Recht wäre diese Konstruktion mit einigen Modifikationen wohl annehmbar;[2]) heute jedoch scheitert sie am § 452 H.G.B., der der Post die Kaufmannseigenschaft abspricht und ihr damit den Abschluss eines Kommissionsgeschäfts unmöglich macht. Die Umgehung des letztgenannten Umstandes durch Annahme eines der Kommission ähnlichen Werkvertrages versucht Cosack (a. a. O.). Schmidts Einwendung dagegen (S. 36), das Zeitungsdebitgeschäft ginge nicht vom Publikum, sondern vom Verleger aus, es könne also der Abschluss des Vertrages zwischen Post und Besteller der Zeitung nicht grundlegend sein für den Vertrag zwischen Post und Verleger, scheint mir Cosacks Theorie nicht hinreichend zu widerlegen. Denn wenn man mit Frommer (S. 46 f.) anstatt der Einkaufskommission eine Verkaufskommission zwischen Post und Verleger annehme, wäre Schmidts Vorwurf hinfällig.

Verfasser neigt jedoch mehr zu der oben vertretenen Auffassung, von dem Gedanken ausgehend,

---

[1]) Vgl. Meili, Haftpflicht S. 103, zitiert bei Schmidt S. 35, Abs. 2; Cosack S. 467, 2a, Abs. 2.

[2]) Abweichend R.O.H.G. Bd. XXIII, S. 13.

dass die Geschäfte der Post Transportgeschäfte sind. Die Post vermittelt, wie R.O.H.G. XXIII S. 14 bemerkt, nicht den Absatz der Zeitungen, „um aus der Differenz der Preise, zu welchen sie dieselben vom Verleger bezieht und an das Publikum ablässt, einen Gewinn zu erzielen, sondern, um den Absatz an die entfernt und zerstreut wohnenden Abnehmer im Interesse sowohl der letzteren wie der Verleger zu erleichtern".

Zusammenfassung.

Es ergäbe sich also für den Besitzerwerb im Falle der Versendung durch die Post das Resultat, dass in jedem Fall der Empfänger erst mit der körperlichen Uebergabe der Sendung zu ihr in ein Besitzverhältnis (und zwar nach § 854, Abs. 1, B.G.B.) tritt, sei es nun, dass die Uebergabe, wie im Regelfall in der Wohnung des Adressaten (§ 39 P.O.) erfolgt, oder an Unterwegsorten [1]) (§ 34 P.O.), oder dass sich der Adressat das Gut selbst von der Post abholt (§ 42 P.O.).

Wir gehen über zu der Betrachtung des Besitzerwerbes im Falle der Versendung durch einen Verfrachter.

5. Besitzerwerb im Falle der Versendung durch einen Verfrachter.

„Verfrachter" wird vom Gesetz der Frachtunternehmer im Seeverkehr genannt. Er entspricht dem Frachtführer des Landfrachtvertrages. — Als von

[1]) § 34 P.O. gestattet die Auslieferung des Gutes an Unterwegsorten an einen sich gehörig ausweisenden Empfänger, sofern keine dem Beamten bekannten Bedenken entgegenstehen und keine Störung des Dienstes herbeigeführt wird, eine Vorschrift, die lediglich eine Erleichterung für die Beamten schaffen will, indem sie sich den Verkehrsbedürfnissen anpasst, ohne an den Besitzverhältnissen etwas zu ändern.

unserer bisherigen Terminologie abweichend, ist hervorzuheben, dass in vorliegendem Fall der Absender „Befrachter", der Versender „Ablader" heisst (oben S. 13 f.). Befrachter ist also, wer mit dem Verfrachter den Frachtvertrag schliesst.

Der Verfrachter als mittelbarer Besitzer.

Das Besitzverhältnis, in das der Verfrachter vom Befrachter zum Transportgut zwecks dessen Beförderung gesetzt ist, entspricht genau dem beim gewöhnlichen Frachtgeschäft Gesagten: Der Verfrachter ist in jedem Fall Besitzmittler nach § 868 B.G.B. Wir brauchen also nicht näher darauf einzugehen. Wer jedoch mittelbarer Besitzer ist, gestaltet sich im Seehandel wesentlich anders als in den bisher behandelten Fällen. Dies ist bedingt durch die Eigenart des Konnossements,[1] [2] einer Urkunde, deren Ausstellung zur Gültigkeit des Frachtvertrages zwar nicht nötig, jedoch im Verkehr allgemein üblich ist.[3] [4]

---

[1] Friedberg, Formelbuch S. 512.

[2] Das H.G.B. unterscheidet Order- und Namenskonnossemente. Inhaberkonnossemente sind in Deutschland nicht gebräuchlich (Boyens § 644, 1, Abs. 4). Die Orderkonnossemente werden durch Indossament übertragen, die Namenskonnossemente durch Zession. Da hierauf die Regeln des B.G.B. § 398 ff. Anwendung finden, sei es gestattet, nur von den Orderkonnossementen zu handeln. Im übrigen ist das Recht der Namenskonnossemente bezüglich des Uebergangs der Rechte am Gut durch Uebergabe des Papiers dem Recht der Orderkonnossemente, wie es im Text geschildert ist, konform, nur dass der Schiffer zur Rückgabe oder Auslieferung der Güter auch ohne Rückgabe sämtlicher Konnossementsexemplare verpflichtet ist, sofern der Ablader und der im Konnossement bezeichnete Empfänger darein willigen (§ 659, Abs. 4 H.G.B.).

[3] Im Verkehr zwischen inländischen und ausländischen Häfen ist die Ausstellung von Frachturkunden zugunsten der Reichsstempelverwaltung unter Androhung von Strafen für obligatorisch erklärt (Cosack S. 422, II; R.-Ges. v. 14. Juni 1900, §§ 32 und 38).

[4] Ist ein Konnossement nicht ausgestellt, so findet bürger-

Konnossement.

Konnossement (= Anerkenntnis, von *cognoscere)*[1]) ist ein vom Verfrachter ausgestelltes Papier, in dem er den Empfang das Gutes bescheinigt und die Verpflichtung übernimmt, des Gut am Bestimmungsort dem Empfänger[2]) abzuliefern. Seinem Zweck entsprechend bleibt das Konnossement nicht in der Hand des Verfrachters, sondern wird dem Befrachter resp. Ablader übergeben, der seinerseits wiederum in der Lage ist, es weiterzugeben. Das Konnossement soll nämlich dazu dienen, das Gut schon während der Reise zirkulationsfähig zu machen, d. h. „es soll durch Verfügung über das Papier, die Verfügung über die Ladung auch während der Reise ermöglicht werden",[3]) daher seine Bezeichnung als Traditions-[4]) oder Dispositionspapier.[5]) Dies besagt der § 647 (450) H.G.B., der einen seit etwa drei Jahrhunderten bestehenden Brauch[6]) zum Gesetze macht, mit den Worten: „die Uebergabe des Konnossements an denjenigen, der durch das Konnossement zur Empfangnahme der Güter legitimiert wird, hat, sobald die Güter von dem Schiffer oder einem anderen Vertreter des Rheders zur Beförderung übernommen sind, für den Erwerb von Rechten an den Gütern dieselben Wirkungen wie die Uebergabe der Güter".[7]) Auf unsere Erörterung an-

liches Recht Anwendung (Cosack S. 420, 10; Frommer S. 63). Danach tritt der Empfänger erst mit Auslieferung des Gutes zu diesem in Beziehung; er erwirbt unmittelbaren Besitz.

[1]) Cosack S. 423, 1.

[2]) Bezüglich des Begriffes des Empfängers im Seefrachtrecht wird verwiesen auf Schaps bei Goldschmidt Z. Bd. XXXXII, S. 411 ff.

[3]) Boyens § 642, 1.

[4]) Brunner, Zeitschrift Bd. XXII, S. 522.

[5]) Schott b. E. S. 427.

[6]) Boyens § 647, 2.

[7]) Dies gilt heute für alle Konnossementsarten (Order- und

gewandt, besagt der § 647, dass, wer legitimierter[1]) Besitzer des Konnossements ist, auch das Gut besitzt. Denn der legitimierte Konnossementinhaber hat die tatsächliche Gewalt über das Gut, „weil er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf die Verfügung über die Ware nach Ankunft des Schiffes zählen darf".[2]) Durch Besitz an der Urkunde wird nach Ansicht der Literatur[3]) durch den Verfrachter vermittelter Besitz am Gute begründet.[4])

Alle Exemplare sind in einer Hand.

Aus der Bestimmung des § 647 H.G.B. geht zunächst hervor, dass die blosse Ausstellung des Konnossements eine Wirkung bezüglich der Besitzverhältnisse noch nicht hat. Solange das Konnossement nicht an Dritte weitergegeben ist, bleibt der Befrachter nach wie vor mittelbarer Besitzer des Gutes. Nur ist ihm für den Fall, dass er von seinem Verfügungsrecht über das Gut Gebrauch machen will, die Beschränkung auferlegt, das Konnossement, bzw. wenn mehrere Exemplare ausgestellt sind, sämtliche Konnossemente zurückzugeben (§ 659, Abs. 1 H.G.B.).

Namenskonnossement), während das frühere Recht die Wirkung nur den an Order lautenden Konnossementen gab (R.O.H.G. Bd. XI S. 415; R.G. Bd. V S. 80).

[1]) Legitimiert ist, wenn das Konnossement an Order gestellt ist, der Besitzer des indossierten Papieres, wenn das Konnossement Rektapapier ist, der genannte Empfänger oder dessen in Besitz des Papieres befindliche Zessionare (Jacobi S. 302).

[2]) Dernburg, zitiert bei Jacobi S. 272; vgl. auch ebenda die Widerlegung der Vorwürfe, die diesem Satze vor allem von Beyerlein gemacht werden.

[3]) Lehmann-Ring § 424, 11, Abs. 1; Staub § 363, Anm. 33; Planck § 868, 2b; Cosack S. 428c; Frommer S. 64ff.; Boyens § 647, 3. Abweichend Hellhoff S. 28 ff. Er leugnet überhaupt Besitz des Empfängers, weil er Besitz nicht für ein Recht hält.

[4]) Vgl. hierzu die besitzrechtlichen Regeln oben S. 16.

a) Das Gut ist noch unterwegs.

Dieselbe Bestimmung wird durch § 659, Abs. 2 ausgedehnt auf die Konnossementsinhaber, solange der Schiffer den Bestimmungshafen noch nicht erreicht hat. Man kann also im allgemeinen sagen, wer nicht alle Exemplare besitzt und eben daher nicht vorzulegen vermag, hat während der Reise des Gutes keinerlei Verfügung über dasselbe, vor allem keinen Herausgabeanspruch gegen den Verfrachter und kann daher nicht als alleiniger mittelbarer Besitzer gelten.

Es ist überflüssig, hier die Frage aufzuwerfen, ob der Konnossementsempfänger den alleinigen Besitz erwirbt, oder ob etwa neben ihm der Befrachter berechtigt bleibt, analog dem Eisenbahnfrachtrecht, wo der im Besitz des Frachtbriefduplikats befindliche Empfänger und der Absender gemeinsam Rechte am Frachtgut haben.[1]) Denn die Uebergabe des Konnossements ersetzt die Uebergabe der Güter, und Wirkung einer Tradition ist bekanntlich Erwerb des Besitzes für den Empfänger, Verlust des Besitzes für den Tradenten.

Die Exemplare sind in verschiedenen Händen.

Anders gestaltet sich das Verhältnis, wenn die Konnossementsexemplare sich in verschiedenen Händen befinden. Als mittelbarer Besitzer kann, wie erwähnt, nur gelten, wer durch Vorlegung sämtlicher Exemplare die Verfügung über das Gut ausüben kann. Hierzu ist aber weder der Befrachter, noch einer der Konnossementsinhaber imstande, eben, weil sich die Exemplare in verschiedenen Händen befinden. Cosack (S. 425, 3b) vergleicht das Gut in diesem Zeitpunkt dem rollenden

---

[1]) Vgl. hierzu Frommer S. 66.

Eisenbahnfrachtgut, über das ein Frachtbriefduplikat ausgestellt und vom Absender aus der Hand gegeben ist. Er meint, es könne niemand über das Gut verfügen, das Gut sei „neutral". Cosack macht u. E. den Fehlschluss, dass wo keiner von den Konnossementsinhabern allein berechtigt ist, überhaupt niemand berechtigt sei. Sie sind eben alle zusammen berechtigt. Denn da zur Verfügung über das Gut die Vorlegung sämtlicher Exemplare erforderlich ist, die Exemplare sich aber in verschiedenen Händen befinden, und eine Vorlegung daher nur mit Zustimmung sämtlicher Konnossementsbesitzer erfolgen kann, sind sämtliche Konnossementsbesitzer nur gemeinsam in der Lage über das Gut zu verfügen. Sie sind also mittelbare Mitbesitzer.[1]) Hiermit fällt die für das alte Recht aufgestellte Ansicht von Schmidt-Scharff S. 32 ff. der Schiffer detiniere nicht für den jeweiligen Konnossementsinhaber, sondern nur für den schliesslich Forderungsberechtigten.

Mitbesitz der Konnossementsinhaber.

Es müssen mehrere Fälle unterschieden werden, in denen der Mitbesitz der Konnossementsinhaber eintritt. Zunächst entsteht Mitbesitz, wenn die Konnossementsbesitzer ihre Exemplare von dem Vormanne, der mehrere Exemplare an verschiedene Personen weitergegeben hat — also regelmässig der Ablader — zu verschiedenen miteinander nicht kollidierenden Rechten erhielten. Zum Beispiel: es wird das Konnossement I dem *A* pfandweise, und später das Konnossement II dem *B* zum Eigenbesitze unter Vorbehalt des dem *A* eingeräumten Pfandrechtes übergeben. Hier ist der

---

[1]) Boyens § 647, 3, Abs. 2; Frommer S. 68. Abweichend Cosack a. a. O.

mittelbare Mitbesitz auch auf die Dauer sehr wohl denkbar (vgl. § 871 B.G.B.). Er setzt sich sogar am Bestimmungsorte fort, wenn Pfandgläubiger und Eigentümer sich gleichzeitig zur Empfangnahme des Gutes melden. Denn die von ihnen am Gute geltend gemachten Rechte stehen sich nicht entgegen[1]) (§ 649 H.G.B.).

Ist nun umgekehrt zuerst das Konnossement I dem *A* zum Eigenbesitz und darauf das Konnossement II dem *B* pfandweise oder gar nochmals zum Eigenbesitz übergeben, so meint Boyens § 647 3, Abs. 2, es könne die Uebergabe des Konnossements II nicht mehr Erwerb des mittelbaren Besitzes bewirken. Er schliesst dies aus folgender Erwägung: Hat der Begebende durch Weiterbegebung des Konnossements I zu Eigenbesitz den Besitz am Gute verloren, so kann er nicht durch eine spätere Begebung des Konossements II auf den Erwerber nochmals Besitz übertragen. Dies scheint mir indessen insofern nicht zutreffend zu sein, als der Begebende durch Uebertragung des Konnossements I, wenn auch zu Eigenbesitz, nicht selbst den mittelbaren Mitbesitz verliert. Denn dadurch, dass er ein Konnossementsexemplar in der Hand behält, übt er die Verfügung über das Gut, zu der ja Vorlegung sämtlicher Exemplare erforderlich ist, mit den anderen Konnossementsinhabern zusammen aus. Er kann also durch Weitergabe des Konnossements II auch im vorliegenden Fall dem *B* Mitbesitz verschaffen.

Ebenso tritt wohl Mitbesitz der Konnossementsinhaber während der Reise des Gutes ein, wenn mehrere Exemplare gleichzeitig zu entgegenstehenden Rechten weitergegeben wurden oder „sich doch die

---

[1]) Vgl. Boyens § 649, 1.

Priorität der Begebung des einen Exemplars vor der des andern nicht feststellen lässt".[1] [2])

Es sei darauf hingewiesen, dass das Besprochene nur bis zum Zeitpunkt der Ankunft des Gutes am Bestimmungsort gilt.

Es bleibt übrig der Fall der unrechtmässigen Erlangung eines Konnossements. Hier wird der Erwerber nicht mittelbarer Besitzer; denn der Schiffer ist ihm gegenüber nicht zum Besitze verpflichtet.[3])

b) Ankunft des Gutes am Bestimmungsort.

Alle Exemplare sind in einer Hand.

Eine Umgestaltung der geschilderten Verhältnisse führt die Ankunft des Gutes am Bestimmungsort herbei. Vorweggenommen sei der Fall, dass sich sämtliche ausgestellten Konnossementsexemplare in einer Hand befinden, was auch hier keine Schwierigkeit bietet. Hier ist eben nur ein Berechtigter vorhanden. Solange sich das Gut unterwegs befand, war der Konnossementsinhaber mittelbarer Besitzer. Mit der realen Uebergabe des Gutes wird er alleiniger unmittelbarer Besitzer desselben.

Die Exemplare sind in verschiedenen Händen zu verschiedenen Rechten.

Schon oben ist ferner erwähnt der Fall, dass sich die Rechte der verschiedenen Konnossementsbesitzer am Gut nicht widerstreiten. Hier ist ein

---

[1]) Boyens § 647, 3, Abs. 2. Zustimmend Frommer S. 71; Hellhoff S. 29. Abweichend Goldschmidt, Handb. I S. 732; Schmidt-Scharff S. 35.

[2]) Die Feststellung der Priorität der Begebung macht praktisch Schwierigkeiten, da auf dem Konnossement bei der Indossierung ein Datum nicht vermerkt wird.

[3]) Ebenso Frommer S. 52.

Mitbesitz auch auf die Dauer nicht ausgeschlossen. Der Schiffer liefert demgemäss das Gut den Berechtigten gemeinsam aus.

Die Exemplare sind in verschiedenen Händen zu gleichen Rechten.

Wie aber, wenn die Rechte der Konnossementsbesitzer kollidieren? d. h. wenn sich mehrere Konnossementsinhaber melden und jeder von ihnen vom Schiffer Uebergabe des Gutes verlangt. Jeder von ihnen will den alleinigen unmittelbaren Besitz am Gute erwerben. Hierin liegt der Unterschied von dem vorhergehenden Falle, in dem die Konnossementsbesitzer mit Uebergabe des Gutes nur ihren Mitbesitz fortsetzen. Da es eine *compossessio plurium in solidum* nicht gibt, kann nur einer der Konnossementsinhaber das Gut bekommen, und zwar macht das Gesetz die Entscheidung darüber, wer den alleinigen unmittelbaren Besitz erhalten soll, abhängig von dem Zeitpunkt der Meldung der Konnossementsbesitzer beim Schiffer zur Empfangnahme des Gutes. § 645 bestimmt, dass der Schiffer verpflichtet ist, dem legitimierten Inhaber auch nur eines Exemplares des Konnossements im Löschungshafen die Güter auszuliefern. Dabei ist legitimiert zur Empfangnahme der Güter derjenige, an den die Güter nach dem Konnossement abgeliefert werden sollen, oder auf den das Konossement, wenn es an Order lautet, durch Indossament übertragen ist (§ 645 Abs. 2).

α) Es meldet sich ein Konnossementsinhaber vor den andern.

Hier erfolgt die Beendigung des Mitbesitzes dadurch, dass der eine Konnossementsinhaber, der zuerst kommt, den alleinigen unmittelbaren Besitz erhält. „Er läuft den andern den Rang ab“ nach dem alten Satze,

wer zuerst kommt, mahlt zuerst. Und zwar erhält er den unmittelbaren Besitz des Gutes ohne Rücksicht auf ein etwa besseres Recht eines anderen Konnossementsinhabers. Ja, selbst in dem oben erwähnten Fall, wo zuerst Konnossement I dem *A* zu Eigenbesitz und später Konnossement II dem *B* pfandweise oder gar auch zu Eigenbesitz übergeben wurde, ist dem *B* durch § 645 die Möglichkeit gegeben, durch frühere Meldung beim Schiffer Auslieferung des Gutes selbst zu erlangen. Es mag hinzugefügt werden, dass den anderen Konnossementsinhabern, die vielleicht selbst das Recht zum alleinigen unmittelbaren Besitz der Güter zu haben glauben, lediglich der persönliche Regress gegen den Ablader oder gegen ihre sonstigen Vormänner gemäss der unterliegenden Verträge offen steht.[1])

Aus dem Indossament und der Uebergabe des Konnossements können gemäss § 648 nunmehr Ansprüche nicht mehr hergeleitet werden.

β) Mehrere Konnossementsinhaber melden sich gleichzeitig.

aa) Die Exemplare sind nacheinander indossiert.

§ 645 behandelt aber nur den Fall, dass sich die Konnossementsinhaber derart nach einander melden, dass dem ersten von ihnen das Gut schon ausgeliefert war, als der zweite sich meldete. Melden sich dagegen mehrere Konnossementsinhaber gleichzeitig, oder doch so, dass vor der Auslieferung des Gutes an einen von ihnen die Meldung eines zweiten beim Schiffer eingeht, so ist der Schiffer nach § 646 verpflichtet, die Konnossementsinhaber sämtlich zurückzuweisen und die Güter in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst

[1]) Boyens § 647, 3, Abs. 2 (S. 328).

in sicherer Weise zu hinterlegen. Dann mögen die Konnossementsinhaber sich untereinander einigen, wessen Recht das beste ist. Den leitenden Grundsatz hierfür gibt § 649, der bestimmt, es solle in diesem Fall derjenige Konnossementsinhaber vorgehen, dessen Exemplar von dem gemeinschaftlichen Vormann, der mehrere Exemplare an verschiedene Personen übertragen hat, zuerst der einen dieser Personen dergestalt übergeben ist, dass sie zur Empfangnahme der Güter legitimiert wurde.

bb) Die Exemplare sind gleichzeitig indossiert.

Auch nach Ankunft des Gutes ist Mitbesitz der Konnossementsinhaber anzunehmen, wenn sich mehrere mit gleichzeitig indossierten Exemplaren gleichzeitig beim Schiffer melden. Die verschiedenen Berechtigten müssen auch hier im Wege des Prozesses feststellen, wessen Recht das beste ist. Für diesen Fall hat der Gesetzgeber in der Annahme, dass der Verkehr derartige Verwicklungen nicht zeitigen werde, keine Vorschriften für den Schiffer gegeben.

Schwebezustand von Ankunft des Gutes ab?

Ich halte es nicht in allen Fällen für praktisch, von Ankunft des Gutes im Löschungshafen ab mit Frommer (S. 69) bezüglich der Besitzfrage einen Schwebezustand anzunehmen, währenddessen der Schiffer, der bisher Besitzmittler aller Konnossementsinhaber war, „nur noch für den schliesslich erfolgreich unmittelbaren Besitz erwerbenden forderungsberechtigten Konnossementsinhaber“ besitzen soll. Nach unserer Darstellung dauert — zunächst im Fall des § 645 — der Mitbesitz der sämtlichen Konnossementsinhaber fort bis zur Auslieferung des Gutes an denjenigen von ihnen, der sich zuerst beim Schiffer zur

Emgfangnahme der Güter gemeldet hat. Steht doch bis zu diesem Zeitpunkt ein jeder der Konnossementsinhaber zum Gute in gleichem Verhältnis. Jeder hat nämlich die Möglichkeit, durch rechtzeitige Meldung beim Schiffer sich den alleinigen unmittelbaren Besitz am Gute zu verschaffen, resp. die Auslieferung des Gutes an einen anderen Konnossementsinhaber zu verhindern. Zwar sagt Frommer, es könne nunmehr jeder von ihnen ohne die Mitwirkung der andern Herausgabe des Gutes verlangen. Ja; aber so lange ihm das Gut noch nicht ausgeliefert ist, ist das Recht aller am Gute das gleiche. Aber auch der § 646 steht der Annahme des Mitbesitzes zwischen den Konnossementsinhabern nach Ankunft des Gutes im Löschungshafen nicht unbedingt entgegen. Denn, wenn sich die Konnossementsinhaber bei gleichzeitiger Meldung zur Empfangnahme des Gutes darüber einigen, wem von ihnen das Gut ausgeliefert werden soll,[1]) so darf der Schiffer das Gut nicht hinterlegen, sondern ist verpflichtet, dem Willen der Konnossementsinhaber zu entsprechen. Hierin zeigt sich Mitbesitz.

Wenn jedoch die Waren vom Schiffer gemäss § 646 hinterlegt sind, kann man richtigerweise sagen, „der schliesslich unmittelbaren Besitz erwerbende Konnossementsinhaber“ sei schon in diesem Zeitpunkt mittelbarer Besitzer. Denn das öffentliche Lagerhaus oder die anderweitig zur sicheren Hinterlegung des Gutes geeignete Anstalt wird ersichtlich nicht alleiniger unmittelbarer Besitzer, sondern ist vielmehr nur auf Zeit zum Besitz verpflichtet. Man sucht also mit Recht in diesem Falle nach einem mittelbaren Besitzer. Für dieses Verhältnis ist die Bezeichnung als Schwebezustand wohl zutreffend gewählt.[2])

[1]) Makower § 646, 1c; Boyens § 646, 4.

[2]) Darüber, dass dieser Schwebezustand keinesfalls schon mit

Juristische Konstruktion.

Zur juristischen Konstruktion der Uebertragung der Rechte am Frachtgut durch Uebergabe des Konnossements sind sowohl in der älteren wie neueren Literatur zahlreiche Vorschläge gemacht. So sieht Thöl[1]) im Konnossement „eine Anweisung, die im voraus von dem Schiffer akzeptiert ist, aus der sich für den Destinatär eine direkte persönliche Klage gegen den Schiffer auf Herausgabe der Ware ergibt". Ihering[2]) fasst die Uebergabe des Konnossements als Abtretung der *rei vindicatio* auf. Goldschmidt[3]) geht davon aus, dass der Verfrachter für eine andere Person (nämlich für den Befrachter bzw. Empfänger) detiniert, und sagt, mit Uebergabe des Konnossements trete ein Wechsel in der Person desjenigen ein, für den der Verfrachter detiniere. Beyerlein nimmt an, Uebertragung des *ius possessionis* durch das Konossement als besitzrechtliches Wertpapier, das dieses Recht verkörpert.[4]) — Von anderen Versuchen erwähnt Rumler[5]) die Annahme einer symbolischen Uebergabe, eines Auftrags des Destinatärs an den Befrachter, der Uebertragung des Besitzes vom Befrachter auf den Konnossementserwerber durch *constitutum possessorium*, der Besitzergreifung des Verfrachters am Transportgut als Beauftragter oder *negotiorum gestor* des Konnossementsinhabers für diesen u. a.

Ich sehe im Uebergang der Rechte am Gut mit

---

dem Zeitpunkt, von dem ab mehrere Konnossementsbesitzer vorhanden sind, beginnt, wie Goldschmidt und Schmidt-Scharff behaupten, vgl. Frommer S. 69 ff.

[1]) § 80.

[2]) Jahrbuch für Dogmatik I S. 176 ff.

[3]) I, 2, S. 721 ff.

[4]) Zitiert bei Boyens S. 329, Anm. 6.

[5]) S. 44.

Uebergabe des Konnossements bezüglich der Besitzfrage mit Goldschmidt in der Person des dem Verfrachter gegenüber Berechtigten einen Wechsel, der sich vollzieht durch Aufgabe des mittelbaren Besitzes seitens des alten Berechtigten (z. B. Befrachter) und Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den neuen Berechtigten (Empfänger). Dabei hat der Uebergang des Besitzes nicht die Wirkung der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, etwa analog dem § 870 B.G.B. (oben S. 22), sondern die Wirkung der Tradition[1]) „der neue Berechtigte gewinnt einen selbständigen, von dem Rechtsverhältnisse des Befrachters unabhängigen, lediglich auf dem Konnossement beruhenden Anspruch gegen den Schiffer als den unmittelbaren Besitzer“ (§ 651).[2]) Denn es ersetzt die Tradition des Papiers die reale Tradition der Güter.

Ladeschein.

Wie schon erwähnt, finden die für das Konnossement gegebenen Bestimmungen im wesentlichen auch auf den Ladeschein Anwendung.[3]) Doch liegt eine Verschiedenheit insofern vor, als das Konnossement regelmässig in mehreren, der Ladeschein dagegen nur in einem Exemplar ausgestellt wird.[4]) Ob es rechtlich zulässig ist, den Ladeschein in mehreren Exem-

---

[1]) Lehmann-Ring § 424, 11 ζ; Staub § 363, 32; Makower-Löwe § 647.

[2]) Boyens § 647, 3, Abs. 1; Jacobi S. 274; Lewis Art. 653, 2; R.G. Bd. XV S. 223.

[3]) Der Ladeschein (Friedbergs Formelbuch S. 185) ist ebenso wie das Konnossement ein Traditionspapier. Er enthält die Verpflichtung des Frachtführers zur Beförderung und Auslieferung des Gutes (B.G. § 72, vgl. Staub § 444, 1). Ueblich ist seine Ausstellung nur im Binnenschiffahrtsverkehr, nicht auch beim Landfrachtgeschäft.

[4]) Cosack S. 440 III; Frommer S. 73.

plaren auszustellen, ist bestritten; jedenfalls aber geschieht es in der Praxis nie. Dagegen besteht eine Verpflichtung des Absenders zur Aushändigung einer Abschrift des Ladescheins (§ 445 Abs. 3 H.G.B.), die zur Sicherung des Frachtführers gegen willkürliche Abänderung des in den Händen des Absenders befindlichen Ladescheins dienen soll (Staub § 445, III).

Nach altem H.G.B. — ein Exkurs in das frühere Recht sei hier gestattet — war die Frage, ob der Empfänger mit dem Besitz des Ladescheins den Besitz des Gutes erlangte, insbesondere, ob er vor Ankunft des Gutes am Bestimmungsort auf Grund des Ladescheins Auslieferung des Gutes verlangen konnte, bestritten. Die Entscheidung dieser Frage war um so wichtiger, als das alte Handelsgesetzbuch und das Binnenschiffahrtsgesetz sie nicht ausdrücklich beantwortet haben. Cosack (5. Aufl., 1900, S. 477 III a) verneint sie für das bisherige Recht auf Grund der Art. 403 und 405 des alten H.G.B. mittels des *argumentum a contrario*. Dies hat der Gesetzgeber so gewollt, meint Cosack, da der Absender hier des Schutzes gegen vorzeitige Auslieferung des Gutes, der ihm im Seefrachtverkehr durch Zurückhalten eines Konnossementsexemplares gegeben sei (vgl. Art. 661 altes H.G.B., § 659 neues H.G.B.), entbehre. Auch u. E. ist die besprochene Frage für das alte Recht zu verneinen. Aber deswegen, weil die in Art. 669 für das Konnossement gegebene Bestimmung, dass die Uebergabe der Urkunde die gleiche Wirkung wie die Uebergabe des Gutes selbst habe, beim Ladeschein fehlte, aus dem Ladeschein selbst aber nur der Anspruch auf Auslieferung des Gutes am Bestimmungsort hervogeht.[1])

[1]) Vgl. Schott b. E. III S. 430. Hieraus erklärt sich auch, dass Koch (Kommentar z. H.G.B. 1868) in Anm. 53 zu Art. 413

Für das heutige Recht stellt § 450 H.G.B. den Ladeschein dem Konnossement vollständig gleich. Die von uns soeben erörterte Frage ist noch besonders in § 447 Abs. 2 beantwortet, und zwar im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch in dem Sinne, dass der Empfänger mit dem Besitz des Ladescheins auch den Besitz des Gutes erlangt, dass er unbeschränkt über dasselbe verfügen, also auch seine Auslieferung während der Reise verlangen kann.

II. Eigentumserwerb im Falle der Versendung.

Den Schluss unserer Erörterung bildet der Eigentumserwerb im Falle der Versendung. Hierbei interessiert, wie Frommer S. 75 hervorhebt, naturgemäss nur der derivative, nicht auch der originäre Eigentumserwerb. Es kommen ferner für den Fall der Versendung nur die Eigentumserwerbsarten in Frage, die einen Ortswechsel der Sache, an der Eigentum übertragen werden soll, zulassen. Dies sind aber nur die Uebergabe (§ 929 Satz 1 B.G.B.) und Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe (§ 931 B.G.B.), während die Fälle des § 929 Satz 2 *(brevi manu traditio)* und des § 930 *(constitutum possessorium)* wegfallen, weil die Sache hier „auch nach dem Eintritt des Eigentumswechsels in der Hand des vorherigen Besitzers verbleibt".

Der Erwerb des Eigentums knüpft sich im geltenden Recht an die Uebergabe verbunden mit der formlosen Eigentumsübertragungseinigung.[1])

---

sagt: „Der Ladeschein ist wesentlich der Frachtbrief in etwas veränderter Form".

[1]) Ausdruck von Staub, Exkurs zu § 382, Anm. 55.

Uebergabe.

Unter Uebergabe versteht das Gesetz hier Besitzverschaffung.[1]) Dies ergibt sich aus den Bestimmungen des § 929, 2. Dort ist gesagt, dass es einer Uebergabe dann nicht bedarf, wenn der Erwerber bereits im Besitz der Sache ist, mit anderen Worten, dass, was das Moment der Uebergabe betrifft, Besitz des Erwerbers zur Uebertragung des Eigentums erforderlich und genügend sei.

Einigung.

Unter Einigung versteht die Wissenschaft heute einstimmig „das Rechtsgeschäft, in dem sich die auf den Eigentumsübergang gerichteten Willenserklärungen der Beteiligten zusammenschliessen, das mithin den allgemeinen Vorschriften über Verträge unterliegt".[2]) Die Absicht, Eigentum übertragen resp. erwerben zu wollen, braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Sie wird sogar in der Mehrzahl der Fälle als von den Vertragschliessenden gewollt, subintelligiert werden müssen. Es wird aus diesem Grunde oft nicht leicht sein, festzustellen, ob die Einigung erfolgt ist oder nicht.

Besitzverschaffung also und Eigentumsübertragungseinigung bewirken den Eigentumsübergang. Wenn nun die Versendung zum Zwecke der Eigentumsübertragung geschieht,[3]) so wird der Empfänger des Transportgutes — die Einigung vorausgesetzt — sein Eigentümer in dem Zeitpunkt, in dem er den Besitz des Gutes erlangt, und zwar den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitz.

---

[1]) Leonhard S. 57; Planck § 929, 2; O. Eger S. 2 f.
[2]) Planck § 929, 3, Abs. 1.
[3]) Dies wurde S. 1 dieser Erörterung zugrunde gelegt.

Genügt mittelbarer Besitz als Ersatz der Uebergabe?

Es liegt kein Grund vor, mit Endemann (§ 80, Z. 3a u. § 35, S. 147) und Leonhard (S. 57) anzunehmen dass im Falle der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 mittelbarer Besitz des Erwerbers nicht genüge.[1]) Denn, wie oben erörtert, ist, wo im Gesetz von Besitz die Rede ist, auch der mittelbare Besitz gemeint, sofern sich nicht aus dem Zusammenhang eine Beschränkung auf den unmittelbaren Besitz ergibt. Dies ist für § 929 nicht der Fall. Denn der Grundgedanke aller Vorschriften des B.G.B. über Eigentumsübertragung ist u. E. der, als Gegengewicht gegen den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers eine Eigentumsübertragung auszuschliessen, wenn nicht der Veräusserer in gewissem Umfange Verfügung über die Sache hat; mit anderen Worten, es soll nicht ein Erwerb vom Nichteigentümer und damit eine Schädigung des Eigentümers, wie dies durch den Schutz des guten Glaubens geschieht, zu häufig vorkommen. Und dies müsste geschehen, ja „es wäre dem Schwindel Tür und Tor geöffnet", wollte man nicht die Möglichkeit einer Eigentumsübertragung an das Vorhandensein eines Machtverhältnisses des Veräusserers zur Sache knüpfen. Diesem Erfordernis — der Sicherheit des Verkehrs, um ein Schlagwort zu brauchen — ist aber genügt, wenn der Veräusserer auch nur den mittelbaren Besitz hat. Das Gesetz erkennt dies selbst insofern an, als es in § 1006 Abs. 3 die Vermutung des Eigentums auch zugunsten des mittelbaren Besitzers gelten lässt.

Allerdings ist mit Planck (§ 929, 6) hinzuzufügen,

---

[1]) Zustimmend Planck § 929, 6; Biermann § 929; Strohal S. 13; Cosack § 187, 1c, S. 72; Fischer-Henle § 868, 4; Eger S. 24.

dass nicht in allen Fällen die Verschaffung des mittelbaren Besitzes dem Erfordernisse des § 929, 1 genügt, dass vielmehr zum Begriff der „Uebergabe“ hier das Aufgeben des Besitzes — des unmittelbaren und des mittelbaren — seitens des Veräusserers gehört.

Es trifft also in den Fällen unserer Erörterung der Eigentumserwerb am Transportgut mit der Erlangung des mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes durch den Empfänger zusammen. Vorausgesetzt ist dabei, wie erwähnt, dass Veräusserer und Erwerber darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Vorausgesetzt ist aber ferner, dass die Ware einem früheren Eigentümer nicht verloren, gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist; denn in diesen Fällen versagt das B.G.B. selbst dem gutgläubigen Erwerber die Erlangung des Eigentums. Ebenso ist zu entscheiden, wenn über ein gestohlenes Gut mittels Konnossement verfügt wird. Hier erlangt der gutgläubige Erwerber des Konnossements Eigentum zwar am Papier, nicht aber am Gute selbst.[1]) Denn die Uebergabe des Papiers ersetzt die Uebergabe des Gutes, und auf diese finden die §§ 932 — 936 B.G.B. Anwendung. Es liegt kein Grund vor, denjenigen, der ein Gut mittels Konnossement erwirbt, günstiger zu stellen als den Erwerber durch Tradition des Gutes selbst.

---

[1]) Zustimmend Lehmann-Ring § 365, 3; Cosack S. 430 g; Jacobi S. 302 f.; Staub, 5. Aufl., Art. 305 § 4; R.G. IV S. 149; Hellwig S. 514; Frommer S. 77, Anm. 106; Boyens § 647, 5. Abweichend Staub, 6. und 7. Aufl., § 365, 10.

Zusammenfassung.

Es sei demgemäss der Zeitpunkt des Eigentumserwerbes durch den Empfänger für die Fälle unserer Erörterung unter den aufgezählten Voraussetzungen wie folgt festgesetzt:

I. Im Falle der Versendung durch einen Boten erlangt der Empfänger das Eigentum, wenn die zu befördernde Sache ihm vom Boten des Absenders übergeben wird, oder, wenn er die Sache durch seinen Boten holen liess, sobald die Sache vom Absender dem Boten übergeben ist. In beiden Fällen tritt der Eigentumserwerb nach § 929 Satz 1 ein.

II. Bei der Versendung durch einen Frachtführer und durch die Eisenbahn wird der Empfänger Eigentümer des beförderten Gutes, wenn ihm der Frachtbrief ausgehändigt ist, resp. er nach § 435 H.G.B. Klage erhoben hat. Ist ein Frachtbrief nicht ausgestellt, erlangt er Eigentum mit Erhebung der Klage aus § 435 resp. mit der Uebergabe des Gutes. In den erstgenannten Fällen erfolgt der Eigentumserwerb nach § 931 B.G.B.

III. An der Postsendung erlangt der Empfänger mit der realen Uebergabe das Eigentum.[1])

IV. Im Falle der Versendung durch einen Verfrachter tritt der Eigentumserwerb, wenn ein Konnossement nicht ausgestellt ist, erst mit der Uebergabe (§ 929, 1) ein. Die Uebergabe des Konnossements bzw. sämtlicher ausgestellten Exemplare an den Emp-

[1]) **Abweichend Schröder S. 42.**

fänger bewirkt Eigentumsübergang auch am Gute, und zwar nach § 929, 1 B.G.B. wie bei Staub § 365, 10 und 363, 32 ausgeführt ist. Dasselbe gilt vom Ladeschein. — Miteigentum ist dagegen anzunehmen, in den Fällen, wo Mitbesitz eintritt, natürlich nur, sofern die Exemplare zum Zwecke der Eigentumsübertragung weitergegeben wurden, wie Frommer S. 80 hervorhebt. Dass nicht Eigentümer wird, wer ein Konnossement pfandweise erhält, ist wohl selbstverständlich. — Ebenfalls Miteigentümer, allerdings nur nach der §§ 932 bis 936 B.G.B., wird derjenige, der Konnossement II zum Zwecke der Eigentumsübertragung erhielt, wenn vorher Konnossement I einer andern Person zum selben Zwecke übergeben wurde. Denn hier gehört die veräusserte Sache nicht dem Veräusserer. — Das Miteigentum hat die gleiche Dauer wie der Mitbesitz der Konnossementsinhaber. Ihr Miteigentum besteht danach nach Massgabe der obigen (S. 49f.) Schilderung entweder fort oder macht dem Alleineigentum eines Konnossementsbesitzers Platz. Dabei macht die grösste Schwierigkeit auch hier der oben erwähnte Fall, dass sich mehrere Konnossementsinhaber, deren Exemplare gleichzeitig weitergegeben sind, gleichzeitig beim Schiffer melden. In Ermangelung einer positiven Gesetzesbestimmung gibt es hier nur einen Ausweg, und das ist der von Boyens vorgeschlagene,[1]) nämlich gleiches Recht der Konnossementsinhaber anzunehmen.

[1]) Boyens § 647, 3, Abs. 3. Vgl. Protokolle S. 4003.

C. Schluss.

§ 7 des Gesetzes vom 5. Juli 1896.

Es sei endlich ein Fall erwähnt, in dem Eigentumserwerb ganz unabhängig von den geschilderten Besitzverhältnissen ermöglicht ist. Es handelt sich um den Fall, dass ein Kaufmann für eine andere Person kommissionsweise Wertpapiere eingekauft hat. Hier findet Anwendung der § 7 des Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896. Da der Kommissionär „in eigenem Namen" einkauft, erwirbt zunächst er selbst Eigentum an den eingekauften Papieren. Da er jedoch „auf fremde Rechnung" einkauft, der Verbleib des Eigentums bei ihm also nur ein Uebergangsstadium darstellt, ist es von Wichtigkeit, sobald als möglich den Endzweck des Geschäftes zu erfüllen und den Eigentumserwerb des Kommittenten herbeizuführen. Daher bestimmt der genannte § 7, dass mit der Absendung des Stückverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergeht, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist, und soweit nicht nach den Bestimmungen des B.G.B. der Uebergang des Eigentums in einem früheren Zeitpunkte eintritt. Ein Eigentumserwerb ist hier also ganz unabhängig von den Besitzverhältnissen durch positive Gesetzesvorschrift ermöglicht.